FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ESSAI

SUR LES

NOTIONS D'UNIVERSALITÉ DE FAIT ET D'UNIVERSALITÉ DE DROIT

DANS LEUR ÉTAT ACTUEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le vendredi 18 décembre 1931, à 4 heures du soir,

PAR

Robert GARY

LAURÉAT DE LA FACULTÉ
DIPLÔMÉ D'ÉTUDES SUPÉRIEURES DE DROIT PUBLIC
AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE BORDEAUX

BORDEAUX
IMPRIMERIE DE L'UNIVERSITÉ
Y. CADORET
3, PLACE SAINT-CHRISTOLY, 3

1931

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548422_0002

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ESSAI

SUR LES

NOTIONS D'UNIVERSALITÉ DE FAIT ET D'UNIVERSALITÉ DE DROIT

DANS LEUR ETAT ACTUEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le vendredi 18 décembre 1931, à 4 heures du soir,

PAR

Robert GARY

LAURÉAT DE LA FACULTÉ
DIPLÔMÉ D'ÉTUDES SUPÉRIEURES DE DROIT PUBLIC
AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE BORDEAUX

BORDEAUX
IMPRIMERIE DE L'UNIVERSITÉ
Y. CADORET
3, PLACE SAINT-CHRISTOLY, 3

1931

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

PROFESSEURS HONORAIRES :

MM. SAUVAIRE-JOURDAN, ✪ I.; BARDE, ✻, ✪ I.; LESCURE, ✪ I., ⚷; DE BOECK, ✻, ✪ I.; NOAILLES, ✪ A.

MM. FERRON, ✻, ✪ I., *Doyen,* professeur de *Droit commercial.*

BENZACAR, ✻, ✪ I., professeur d'*Economie politique.*

FERRADOU, ✪ I., *Assesseur du Doyen,* professeur d'*Histoire du droit* et chargé d'un cours d'*Histoire du droit privé* et d'un cours d'*Histoire du droit public* (Diplômes d'études supérieures).

MARIA, ✪ I., professeur de *Droit romain.*

MARGAT, ✪ I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit international privé* (Licence).

BONNECASE, ✪ I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit maritime* (3e année).

PALMADE, ✪ A., ⚷, professeur de *Droit civil.*

VIZIOZ, ✪ I., professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit civil comparé* (Diplôme d'études supérieures).

BONNARD, ✪ I., ⚷, professeur de *Droit administratif* et chargé d'un cours de *Droit constitutionnel comparé* (Diplôme d'études supérieures).

POPLAWSKI, ✪ I., professeur de *Droit criminel* et chargé d'un cours de *Législation industrielle.*

BOYÉ, ✪ A., ⚷, professeur de *Droit romain.*

MOUNIER, ✪ I., professeur d'*Économie politique,* chargé d'un cours d'*Histoire des doctrines économiques* (Diplôme d'études supérieures).

BIBIÉ, ✻, ⚷, professeur de *Droit international public.*

RÉGLADE, professeur de *Droit constitutionnel et administratif.*

GARRIGOU-LAGRANGE, agrégé, chargé d'un cours de *Législation financière* (3e année), d'un cours d'*Economie politique* (Diplôme d'études supérieures) et d'un cours de *Législation coloniale* (3e année).

LABORDE-LACOSTE, ✪ I., professeur à la Faculté de droit d'Aix, chargé d'un cours de *Droit civil* (Licence), des cours de *Droit civil* (Capacité) et d'un cours d'*Enregistrement.*

HUBRECHT, chargé de cours (*Droit romain*).

ROUSSEAU, chargé de cours *(Droit international public).*

M. ARTIGUELONG, *Secrétaire.*
Mme COSTES, *Secrétaire adjointe.*
Mme SOUBIE, *Bibliothécaire.*

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. BONNECASE, professeur..... *Président.*
VIZIOZ, professeur..... } *Suffragants.*
LABORDE-LACOSTE, professeur..... }

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A Monsieur le Professeur BONNECASE

Hommage de ma profonde admiration et de ma sincère gratitude.

ESSAI

SUR LES

NOTIONS D'UNIVERSALITÉ DE FAIT ET D'UNIVERSALITÉ DE DROIT

DANS LEUR ÉTAT ACTUEL

INTRODUCTION

Notre appréhension est grande, avouons-le, au moment d'aborder la tâche complexe que nous avons entreprise; cette appréhension est d'autant plus grande, au reste, que, pour ne pas manquer à la tradition, nous rédigeons l'introduction de ce travail après en avoir parcouru les dures étapes et nous être rendu compte que la recherche loyale et appliquée des problèmes que pose notre sujet pouvait seule nous excuser de n'avoir su les résoudre que peut-être très imparfaitement.

L'intitulé même, avec son aspect théorique et abstrait, peut faire présumer, même à un esprit imparfaitement averti des choses du droit, des difficultés rencontrées sur notre route. L'analyse des concepts et la synthèse de leurs éléments est toujours chose difficile; à plus forte raison doit-il en être de même lorsqu'il s'agit, comme c'est le cas en l'espèce, d'examiner des concepts très généraux, comme l'universalité de fait et l'universalité de droit, d'analyser

non pas un seul concept mais deux, dont il faudra déterminer le critère de distinction et vérifier le bien-fondé de leur opposition.

Du point de vue logique, les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit ressortissent à la notion plus compréhensive, plus abstraite d'universalité. Mais qu'entendre exactement par l'expression *universalité* ? Les dictionnaires donnent comme synonymes de l'universalité « *totalité* », « *généralité* », et, comme exemples, l'universalité des *êtres*, l'universalité des *biens*. Disons immédiatement que nous sommes, avec le présent travail, dans le domaine du second exemple. L'universalité est définie un *ensemble de biens considéré comme formant un tout* (1). C'est là une définition doctrinale qui n'interprète pas des précisions qu'aurait données par avance un code ou quelque loi positive, en visant expressément la notion envisagée; aussi bien ne trouvons-nous pas dans la loi une définition d'un concept juridique qui serait celui d'universalité, pas plus d'ailleurs que de l'universalité de fait et de l'universalité de droit, qui en seraient les variantes.

Pour ne prendre que l'exemple du Code civil de 1804, cette carence de la loi en ces matières tient surtout au fait que ses rédacteurs n'ont pas jugé à propos d'insérer en tête de leur œuvre une partie générale; il en a été de même d'ailleurs, parmi des codes relativement récents, pour le Code civil suisse.

Dans un passage intéressant pour nous, M. le Professeur Huber (2) déclare que l'absence de définitions, de notions

---

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n° 2173 *bis*, 11e éd., par Ripert.

(2) *Exposé des motifs de l'avant-projet du Code civil suisse*, 1902, p. 18 et s.

générales, dont la loi suppose l'existence, ne constitue point une lacune, « car ces définitions appartiennent dans la plupart des cas, sinon dans tous, à la doctrine et non à la législation ». Et il ajoute : « Aussi avons-nous jugé inutile de dire dans le Code ce qu'on doit entendre par *ensemble de biens* ou par *choses fongibles*... En effet, quelque définition que donnât le législateur, il courrait toujours le risque de la voir supplantée au bout de peu de temps par une nouvelle définition plus correcte ou encore d'entraver par la suite le progrès des idées. »

Les rédacteurs du Code civil français professaient, si l'on s'en rapporte aux travaux préparatoires, des idées tout à fait analogues à celles du grand jurisconsulte suisse sur la portée relative et restreinte de la loi écrite (3). Ils pensaient qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout et ils étaient frappés par le contraste, le divorce qui s'établit avec le temps entre l'immobilité des lois, d'une part, et le mouvement continu des hommes « qui produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau ».

Quoi qu'il en soit, sans définir une notion d'une manière précise, un code peut accepter une notion de deux manières, que l'on a dénommées (4) « la voie directe et la voie indirecte, ou encore la méthode abstraite et la méthode concrète ». Dans le premier cas, la notion envisagée fait l'objet d'une réglementation expresse; dans le second cas, au contraire, le code se contente de faire des applications d'un concept qu'il laisse à la doctrine le soin de définir

(3) Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu, Malleville, *Discours préliminaire* (*Fenet*, t. I, p. 463 et s., p. 469); Cambacérès, *Rapport à la Convention sur le premier projet du Code civil* (*Fenet*, t. I, p. 2 et 41).

(4) J. Bonnecase, préface à l'ouvrage de M. Madray, *De la représentation en droit privé. Théorie et pratique*, p. x.

et de caractériser scientifiquement. C'est cette dernière méthode qui a été acceptée par les codes napoléoniens et qui allait permettre à la doctrine française, sinon d'étudier dans toute son ampleur la distinction de l'universalité de fait et de l'universalité de droit, du moins d'en étudier un des termes, l'universalité de droit.

Il n'était certes pas dans l'esprit des interprètes immédiats du Code civil d'élaborer une construction doctrinale de ce concept; ces interprètes ne se souciaient nullement d'apercevoir la consécration par le Code, sous des textes épars, des notions juridiques, sous forme d'applications concrètes (5). La dissection des articles du Code, considérés par eux comme « des pièces anatomiques », leur ôtait le loisir, cachait à leur esprit la nécessité inéluctable de grouper et de coordonner des détails et des éléments particuliers en une synthèse qui fasse ressortir le concept se trouvant au cœur de textes épars.

Mais — tant il est impossible de se soustraire à la puissance des concepts dans le domaine de la vie juridique et sociale, — quelques auteurs, au cours du XIX[e] siècle, au lieu de se restreindre à cet examen exégétique du Code civil, soucieux d'élargir leur horizon intellectuel, se livrèrent, sur la base des textes, à des constructions, appuyées, au surplus, sur l'histoire et la raison (6). Nous sommes ainsi

---

(5) Sur la doctrine et les méthodes des interprètes du Code civil rangés sous le nom d'Ecole de l'exégèse (1810-1880), voir l'exposé qu'en donne M. Bonnecase dans l'ouvrage fondamental : *L'Ecole de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2[e] éd., 1924.

(6) L'apparition de ces constructions est liée à un changement de méthode de la part de quelques partisans de l'exégèse; à la méthode analytique ou purement exégétique, certains substituèrent l'emploi de la méthode synthétique ou technique scientifique. Sur la distinction de ces deux méthodes, voir Bonnecase, *op. cit.*, p. 182, 185.

redevables aux célèbres professeurs à la Faculté de Strasbourg, Aubry et Rau, adeptes de l'exégèse pourtant, de constructions juridiques parfaitement achevées, par lesquelles ils dégagèrent des notions dominant le droit civil tout entier, entre autres la *notion de patrimoine* (7).

La notion de patrimoine avait un long passé historique; les romanistes la rangeaient, dans leur classification des *universitates facti* et des *universitates juris*, que l'on faisait remonter à Bartole, parmi les *universitates juris;* ils considéraient comme une application importante de l'*universitas juris* la notion de patrimoine, patrimoine de l'homme vivant, et l'hérédité, ensemble des biens du défunt. Eclairant leur pensée à la triple lumière de l'histoire, des dispositions positives et de la raison, les éminents jurisconsultes tracent de main de maître les traits caractéristiques du patrimoine considéré comme *universalité de droit*, ensemble des biens d'une personne comportant des éléments actifs et des éléments passifs indissolublement liés.

Par contre, l'*universalité de fait* ne retient que très peu leur attention, et elle est par eux à peine esquissée (8); aussi bien trouvait-elle ou était-elle susceptible de trouver sa forme type non point dans le droit civil proprement dit, objet direct et principal de leur étude, mais dans le droit commercial, avec l'institution du *fonds de commerce*.

---

(7) J. Bonnecase, *Ecole de l'exégèse*, p. 227 et s.; *Faculté de droit de Strasbourg*, n° 82, p. 278, 280.

(8) Sur tous ces points, il faut toujours consulter la thèse capitale de M. le Professeur Gombeaux, *La notion juridique du fonds de commerce*, Caen, 1901; Adde Mouchet, *De la nature juridique du fonds de commerce et de son nantissement*, th. Paris, 1911, notam. p. 32 à 71; Delalande, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, th. Bordeaux, 1922, où, dans le chapitre sur la « nature juridique du fonds de commerce », p. 134 à 148 et p. 146, n. 1, on trouve d'abondantes indications bibliographiques pour la doctrine et de nombreuses références de jurisprudence.

Pendant presque tout le XIXe siècle, la doctrine est silencieuse sur cette institution et sa nature juridique, et pour cause ! Les codes napoléoniens ont été muets sur une institution qui n'avait pas alors — et c'est une excuse de leur laconisme — l'importance pratique considérable qu'elle devait prendre par la suite. Sous la nécessité des besoins pratiques, en particulier de la mise en gage des fonds de commerce, la législation intervient enfin en la matière avec une loi du 1er mars 1898, pour essayer de réglementer la dation en nantissement des fonds de commerce, loi qui sera bientôt remplacée par la grande loi du 17 mars 1909.

La doctrine se mit alors à rechercher quelle était la nature juridique exacte du fonds de commerce. Sur la base des doctrines commerciales émises au cours de l'histoire, on s'est demandé si la notion du fonds de commerce ne constituait pas une universalité de droit, s'il ne fallait pas lui reconnaître, comme au patrimoine, le caractère essentiel d'unir dans son sein, avec des biens de nature diverse, un actif et un passif inséparables, unis dans leur existence et leur dévolution, à l'occasion de la transmission du fonds de commerce (9).

En théorie pure et en présence du droit positif, manifesté dans la grande loi du 17 mars 1909, la doctrine et la jurisprudence, plus ou moins expressément, ont vu dans le fonds de commerce une universalité de fait, un tout complexe, composé d'éléments multiples et variés, groupés dans une mesure plus ou moins large, mais excluant toute idée de passif propre.

Le patrimoine, d'une part, le fonds de commerce, de l'autre, étaient les deux manifestations concrètes de l'opposi-

(9) Ouvrages cités à la note précédente.

tion entre l'universalité de droit et l'universalité de fait, apparaissant l'une et l'autre, au surplus, comme variétés autonomes du concept général d'universalité.

Ces données allaient subir de violents assauts, et, le bien-fondé de cette opposition étant vivement contesté, le concept même d'universalité était mis en question. Il est à peine besoin de rappeler, pour fournir aussitôt une explication de ce mouvement principalement doctrinal, qu'à la fin du XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ est apparue dans le domaine du droit une tendance très vive à démolir les notions juridiques traditionnelles, qui permettaient la systématisation du droit; le souci des auteurs se ralliant à cette tendance n'était d'ailleurs pas de reconstruire après avoir démoli ou tâché de démolir, mais simplement, uniquement, de faire de la « *critique négative* » (10).

Ces auteurs allaient tout particulièrement s'attaquer à la notion de patrimoine ou d'universalité de droit type (11). L'idée première de l'universalité *lato sensu* semblait s'identifier avec la conception personnelle du patrimoine; elle est l'objet de leurs critiques les plus aiguës, certaines lancées sur le mode d'un ironique persiflage (12). Le patrimoine ne s'identifie pas avec la personne, mais avec *l'affectation*.

L'affectation est l'idée primordiale qui domine tous les ensembles de biens quels qu'ils soient; nul besoin de con-

---

(10) Sur ces tendances, leurs manifestations et les auteurs qui s'y rattachent, voir J. Bonnecase, *Suppl. au Baudry*, t. I, n^os^ 402 à 409, et notam. n^o^ 405; *Science du droit et romantisme*, p. 46 à 135 et 593 à 656.

(11) Saleilles, note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 94. 2. 185; Plastara, *La notion juridique du patrimoine*, th. Paris, 1903, et surtout Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. Dijon, 1910.

(12) O. Jallu, *De l'idée de continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, th. Paris, 1902, notam. p. 89 à 91 et p. 111; Cazelles, même sujet, th. Paris, 1905, p. 376-392.

server, dès lors, la distinction des universalités de fait et de droit; cette distinction est condamnée du point de vue historique; elle n'a plus aujourd'hui de valeur théorique ou pratique; les termes d'universalité de fait ou d'universalité de droit sont des expressions commodes, des notions purement techniques, ne se distinguant que par la nature différente en étendue de l'affectation qui unit respectivement leurs éléments (13).

En face d'attaques aussi violentes, n'était-il pas téméraire d'entreprendre un nouvel essai de synthèse sur un sujet apparemment épuisé ? Un effort scientifique portant sur l'analyse des concepts d'universalité de fait et de droit ainsi que sur la recherche du critérium de leur opposition n'était-il pas inutile et vain en présence des conclusions négatives auxquelles la grande majorité de la doctrine française contemporaine aboutissait en la matière ?

Guidé par les développements brefs mais substantiels et éminemment convaincants que M. le Professeur Bonnecase consacre à ces notions (14), nous ne craignons pas d'affirmer qu'il n'en est rien en réalité.

Il nous est apparu au cours de nos recherches que le courant doctrinal, auquel nous faisions à l'instant allusion, pouvait, malgré sa violence destructive, être combattu, que le procès de l'universalité pouvait être à nouveau jugé, que la sentence de condamnation prononcée contre elle et ses variétés, considérées à tort comme indistinctes et sans réalité scientifique, devait être réformée inéluctablement.

C'est qu'aussi bien le procès doit être plaidé avec une *méthode* différente à tous égards de celle qu'ont adoptée

---

(13) Gazin, *op. cit.*, p. 256 et s.; Demogue, *Notions fondamentales de droit privé*, Paris, 1911, p. 383 à 404.

(14) *Supplément au Baudry*, t. IV, nos 254 et s.

les auteurs dont nous entendons critiquer vivement l'opinion.

Pour mieux justifier la méthode utilisée dans ce travail, il nous paraît nécessaire de présenter à cette place quelques considérations sur l'état présent du droit civil et sur la révolution qui s'est opérée, au début de ce siècle, dans cette branche primordiale du droit avec l'avènement d'une nouvelle doctrine d'interprétation, dont les partisans, disciples de l'éminent doyen Gény, son fondateur, ont été rangés sous le nom d'Ecole scientifique (15).

A la base de ce système d'interprétation se trouve la distinction fondamentale de la *science* et de la *technique*, du donné et du construit (16) ou, pour employer les expressions

---

(15) M. le Professeur Bonnecase, qui s'est fait l'historien des doctrines juridiques modernes, a noté dans presque tous ses ouvrages l'évolution du droit civil en France depuis le début du XIXe siècle; il en a présenté un résumé synthétique dans un de ses derniers opuscules, intitulé : *Science du droit civil. Considérations sur son état présent* (Paris, De Boccard, 1931), auquel nous empruntons la substance de ces développements. Voir aussi *Le problème du droit dans la science belge du droit civil. Observations d'ordre général sur la conception et l'évolution actuelles du droit civil*, Paris, De Boccard, 1931.

(16) Après avoir étudié le rôle de la connaissance et de l'action dans l'élaboration juridique, M. Gény présente la distinction de la manière suivante : « Nous observerons que l'activité du jurisconsulte au sens le plus élevé du mot oscille entre deux pôles distincts, que je proposerai de dénommer le donné et le construit. Tantôt il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle la nature sociale, interprétée d'après elle-même en suivant les aspirations d'un idéal supérieur, pour aboutir à des règles d'action, dont le fondement sera d'autant plus solide qu'elles contiendront moins d'artificiel ou d'arbitraire. Et c'est ce que j'appelle *le donné* qui doit formuler la règle de droit telle qu'elle ressort de la nature des choses et, autant que possible, à l'état brut. Tantôt le travail à réaliser, partant des données actuelles acquises, tendra à les mettre en œuvre, les transformer ou les assouplir de façon à les modeler sur les besoins mêmes de l'ordre juridique, pour lequel elles sont destinées. Et le résultat de l'effort ainsi poursuivi, issu de l'artifice, s'exerçant sur la nature par des procédés propres, puisé dans les puissances personnelles de l'homme, peut, ce me semble, être qualifié de *construit*, puisque, au moyen d'un travail toujours subjectif, il tend à ériger la règle brute en

de M. le Professeur Bonnecase, des *sources réelles et des sources formelles des règles de droit.*

Pour la nouvelle école, le droit civil, tout comme le droit en général, se manifeste par la loi, mais il ne se réduit pas à la loi. Celle-ci n'est que ce que M. Bonnecase appelle une source formelle du droit civil, c'est-à-dire l'une des formes par lesquelles il s'extériorise et arrive jusqu'au moindre des citoyens d'un pays. Ce n'est véritablement pas dans la loi que le droit civil puise ses racines. Il provient de ce que l'on appelle les sources réelles des règles de droit, par opposition aux sources formelles; ces sources réelles sont les éléments générateurs du droit, qui sont, aux yeux de notre maître, au nombre de deux : un élément *expérimental*, constitué par les données issues de la vie sociale et de la nature permanente de l'homme, le second formant régulateur de ces données, ou élément *rationnel* (17).

---

précepte capable de s'insérer dans la vie et d'animer celle-ci en vue des fins suprêmes du droit. Il va de soi, d'ailleurs, que donné et construit se mélangent et s'entre-croisent pour donner à la vie juridique toutes les directions nécessaires. Et il n'est pas à méconnaître que le construit, œuvre de volonté artificielle, sinon arbitraire, arrive à augmenter peu à peu la somme du donné. Leur distinction n'en subsiste pas moins comme marquant deux domaines de l'élaboration juridique, qui, différents par leur contenu, doivent comporter des procédés de méthode nettement distincts, et que, par suite, il convient de séparer si l'on veut donner à l'activité du jurisconsulte, toute l'efficacité dont elle est susceptible. Que si nous cherchons maintenant à transposer cette distinction en termes qui traduisent la différence de ses objets dans la diversité des modes d'élaboration qu'ils comportent,... je proposerais... de séparer, dans le droit positif, considéré comme formant la matière des efforts du jurisconsulte, *la science et la technique.* » (*Science et technique en droit privé positif*, t. I, p. 96-97-98.)

(17) M. Bonnecase note que, de la notion de source formelle, on s'est élevé à la notion de technique juridique, qui sert à désigner l'ensemble des moyens de toute nature à l'aide desquels s'élaborent, apparaissent, se transforment, s'appliquent et s'éteignent les règles de droit; la technique juridique embrasse ainsi aussi bien la langue du droit que les procédés d'interprétation et de mise en œuvre d'une règle quelconque de droit, aussi bien les caractères formels de la loi et de la coutume que le cadre

La distinction de la science et de la technique en appelle une autre de même nature à propos de la méthode.

La méthode prend place, en effet, aux côtés de la science et de la technique. On peut définir la méthode l'ensemble des directives suivies par l'esprit pour pénétrer un objet quelconque de la connaissance humaine et arriver à s'en rendre maître. Observons, avec notre président de thèse, que la méthode joue aussi bien à propos de la technique que de la science du droit civil (18).

---

traditionnel des décisions judiciaires et les méthodes d'exposition de la doctrine; en un mot, toute manifestation d'une règle de droit, quelle que soit sa physionomie, ressortit à la technique juridique. (J. Bonnecase, *Science du droit civil*, p. 17.)

(18) « Appliquée à la science, écrit l'éminent professeur de la Faculté de droit de Bordeaux, la méthode consiste dans les procédés les plus propres à découvrir dans chaque cas les directives, c'est-à-dire les règles de droit virtuelles dérivant à un moment donné et dans un milieu social donné des sources réelles des règles de droit. Or, il ne faut pas oublier que ces sources réelles sont constamment en pleine production et ne sont nullement arrêtées par l'existence même d'une codification. En conséquence, dans l'obligation où ils sont d'amalgamer les données des sources réelles avec les dispositions des lois existantes, les civilistes ont fini par ne plus se croire obligés d'emprunter le cadre de ces lois existantes, ils ont préféré choisir un plan d'exposition tiré de la nature même des choses, au risque de faire apparaître l'erreur sur ce point des rédacteurs du Code civil. Usant à la fois de l'analyse et de la synthèse, de l'expérimentation et de la méthode rationnelle, les civilistes ont abouti à une méthode personnelle pour traduire leurs conceptions. Même ceux qui ont voulu se confiner dans la technique juridique, c'est-à-dire qui ont voulu simplement faire rendre aux sources formelles existantes — loi et coutume — tout ce qu'elles renfermaient, se sont vus obligés de recourir à une méthode autre que celle de l'exégèse... Ainsi a apparu nettement cette vérité que la technique juridique prise en elle-même ne comporte pas qu'une méthode. Elle suppose tout au moins l'usage de la déduction et de l'induction. Or, l'Ecole de l'exégèse avait surtout fait de la déduction, tandis que l'Ecole scientifique, sans rejeter l'utilité de la déduction, penche certainement pour une plus grande importance à reconnaître à l'induction. » Et M. Bonnecase ajoute, pour synthétiser la substitution à l'exégèse de la doctrine nouvelle, les précisions suivantes : « ...Pendant tout le XIX^e^ siècle, on a principalement fait prévaloir les formules littérales du Code civil sur les notions juridiques; aujourd'hui, au contraire, on reconnaît la prédominance aux notions juridiques sur les formules littérales, celles-ci n'étant, au surplus, que l'expression plus ou moins consciente de telle ou telle notion. » (J. Bonnecase, *Science du droit civil. Considérations sur son état présent*, p. 20-21.)

Ainsi qu'il est facile de s'en rendre compte d'après les développements consignés en note, la doctrine nouvelle a engendré une véritable rénovation des études de droit civil. Les civilistes ont été amenés à se demander quels étaient les concepts fondamentaux qui, consciemment ou inconsciemment, ont été placés à la base de la technique juridique actuelle du droit civil. Nous disons bien actuelle, car il est important de signaler au sein de la doctrine de l'Ecole scientifique la substitution de la *conception organique* de la science du droit à la *conception historique* de ladite science (19).

Cette conception historique consistait à ne jamais aborder l'examen d'un problème de droit civil sans commencer par exposer la série des solutions qu'il a reçues dans les temps passés; en outre et surtout, la conception du droit civil ainsi comprise conduit fatalement ses partisans à essayer de trouver la solution actuelle du problème dans l'un des systèmes acceptés jadis à une époque plus ou moins éloignée. Manifestation de « *l'humanisme juridique* », la conception historique est aujourd'hui dépassée, comme nous le pensons avec M. Bonnecase, par la conception organique ou scientifique.

La conception organique part de cette idée que, sous le rapport de l'élément expérimental du droit, chaque époque se donne des règles positives qui cadrent à la fois avec les mœurs du moment, l'orientation générale des esprits et les exigences variables non seulement de chaque période,

---

(19) Sur cette conception historique de la science du droit en général et du droit civil en particulier, par opposition à la conception organique, cons. J. Bonnecase, *Humanisme, classicisme, romantisme, dans la vie du droit* (Extrait de la *Revue générale de droit*, 1930, p. 54 et s.); cpr. J. Bonnecase, *Le problème du droit dans la science belge du droit civil* (*Revue générale de droit*, 1927-1930, et tirage à part, Paris, 1931).

mais dans chaque période de chaque milieu. La conception organique s'incline, en présence d'un texte de loi, devant sa formule littérale et, à défaut de signification précise de celle-ci, devant le but social poursuivi par ses rédacteurs. Mais si ces deux moyens d'investigation ne conduisent pas le juriste à un résultat positif ou s'il n'existe pas de loi, la conception organique décide qu'il faut directement aller puiser les directives nécessaires dans les données fournies à jet continu par l'élément expérimental et l'élément rationnel du droit, autrement dit, par les sources réelles des règles de droit et des institutions juridiques. Avec la conception scientifique, il faut ajouter, l'élément historique perd sans doute de l'importance, la vie du droit n'étant plus aujourd'hui, on s'en est aperçu, exclusivement gouvernée par l'histoire; néanmoins, cet élément historique doit être pris en considération au même titre que l'élément économique ou philosophique par exemple; il peut servir comme justification après coup, mais non comme, en quelque sorte, une force motrice naturelle; c'est à ce titre que nous l'utiliserons, le cas échéant, dans notre thèse.

L'étude de nos notions, entreprise d'un point de vue organique, sera ainsi dégagée, nous l'espérons du moins, du trouble dont les historiens du droit et certains auteurs les avaient entourées, et contribuera à faire la lumière sur leur véritable caractère.

Les civilistes, disions-nous, dans une série d'études, se sont attachés à l'examen des *notions juridiques;* malheureusement, beaucoup de ces études, sous l'influence d'une tendance anticonceptualiste, que nous combattons, ont été trop souvent purement critiques, et les principes posés par la nouvelle école n'ont pas donné tous leurs résultats, qui

sont d'ailleurs virtuellement infinis. Les virtualités de la nouvelle doctrine sont, en effet, immenses. Comment en serait-il autrement ?

Avec l'interprétation scientifique, au lieu de se borner purement et simplement à l'examen du texte de loi, le juriste s'efforce d'évoquer dans une minutieuse analyse toutes les conditions ou circonstances d'ordre scientifique, doctrinal, pratique, qui en expliquent le mécanisme; cette analyse fait apparaître les applications directes contenues, sinon expressément, du moins implicitement dans le texte en question. Plusieurs textes épars dans un code ou dans une loi se révèlent ainsi comme traduisant une notion unique, qui leur est sous-jacente. En l'absence ou devant l'insuffisante précision d'un texte relativement à un concept déterminé, l'on procédera à l'examen des solutions doctrinales et jurisprudentielles, des données diverses issues de la nature des choses, des théories, comme aussi des décisions de la pratique, qui seront autant de faits sur lesquels pourra solidement reposer la construction juridique à édifier. Grâce à l'observation de toutes ces données, à leur expérimentation, opérée par toutes sortes de comparaisons et d'analyse de leurs éléments, l'interprète aura chance de ne pas faire œuvre purement abstraite; sa théorie ne sera pas éloignée des réalités de la vie. Parti d'une hypothèse, il raisonnera sur elle sous le contrôle incessant des faits. Il est reconnu que tout l'observable est réel; notre intelligence dégage des faits qui lui sont offerts par l'expérience l'expression technique qui leur convient; s'élevant de ces réalités concrètes, de la technique, à des réalités plus générales, à la science du droit, elle s'attache à déterminer l'existence au sein de cette science de concepts non pas *a priori*, c'est-à-dire non dérivés de l'expé-

rience, mais de concepts *a posteriori* ou *empiriques*, c'est-à-dire « les notions générales définissant les classes d'objets données ou construites et convenant d'une manière identique et totale à chacun des individus formant ces classes, qu'on puisse ou non les en isoler, par exemple le concept de vertébré, le concept de plaisir » (20).

En somme, le *droit* est considéré à l'heure actuelle comme une *science expérimentale*, justiciable à ce titre de la *méthode du même nom*.

Ces précisions fournies sur la méthode de l'Ecole scientifique, dont nous nous affirmons un disciple humble mais convaincu, vont nous permettre de mieux faire saisir le *but* que nous désirons atteindre dans le présent travail, de délimiter le *champ d'application* de nos recherches, d'indiquer le *plan* du travail.

Notre *but* est de montrer que les concepts d'universalité de fait et de droit, tout comme leur opposition, présentent un caractère à la fois *technique et scientifique*, sont des réalités certaines (21); notre effort va tendre, pour parvenir

---

(20) Définition donnée par M. A. Lalande dans son *Vocabulaire de la philosophie*, Paris, Alcan, 1926, v° *Concept*.

(21) La distinction fondamentale ci-dessus rappelée de la science et de la technique trouve son application dans tout le droit privé à l'étude des notions qui ressortissent à cette branche importante du droit, c'est ainsi qu'elle est à l'origine de la classification des notions en *notions techniques* et *notions scientifiques*, classification vraiment systématique, et que les interprètes modernes ont trop souvent perdue de vue, les uns, les exégètes, parce qu'ils accordaient la préférence à la technique sur la science, les autres, parce que, se plaçant à un point de vue « critique négatif », ils essayaient de détruire les notions traditionnelles. Pour M. Bonnecase, les *notions scientifiques constituent la représentation dans l'esprit du jurisconsulte des directives immédiatement issues des sources réelles des règles de droit indépendamment de toute élaboration technique préexistante*. Avec ces notions scientifiques, le juriste met en avant des représentations qu'il prétend être l'image fidèle des données fournies sans intermédiaire par les éléments générateurs des règles de droit,

à cette démonstration, à découvrir dans l'expérience au sens large, dans la loi, dans les solutions doctrinales ou jurisprudentielles, dans quelques législations étrangères choisies de façon réfléchie comme particulièrement typiques, les matériaux épars dont nous ferons notre construction synthétique.

Pour parvenir au but que nous voudrions atteindre, il est nécessaire de présenter d'abord une étude détaillée, un exposé complet de la notion d'universalité de fait, puis de la notion d'universalité de droit, ensuite de faire la synthèse de ces éléments, pour arriver à une théorie générale de l'universalité ou, du moins, à la détermination d'un critère scientifique de distinction de ses deux variantes autonomes.

La notion d'universalité de fait a été examinée à propos du problème de la nature juridique du fonds de commerce, dans lequel elle a trouvé en définitive son expression typique. Les controverses, doctrinales surtout, élevées sur la question de savoir si le fonds de commerce est une universalité de droit ou une universalité de fait ont été tranchées implicitement par la loi de 1909 dans le sens de cette dernière notion. Le rappel de ces controverses, l'ana-

---

c'est-à-dire par les éléments constitutifs du droit. Aux notions scientifiques on oppose les notions techniques. Celles-ci ne sont pas la représentation directe et immédiate de la réalité sociale; elles présentent celle-ci à l'esprit à travers les conceptions que s'en sont faites antérieurement tous les techniciens du droit : législateurs, juristes, tribunaux, sans oublier cet élément technique impersonnel qu'est la coutume ou l'usage. *Les notions techniques peuvent donc se définir les notions sur lesquelles repose à un moment donné et dans un pays déterminé le système du droit en vigueur, tel qu'il est traduit par la législation, la coutume, l'usage, la jurisprudence et la doctrine.* Nous voulons précisément montrer que les notions d'universalité de fait et de droit dans leur essence comme dans leur opposition sont à la fois scientifiques et techniques.

lyse des solutions doctrinales ou jurisprudentielles faisant du fonds de commerce une universalité de fait feront l'objet du chapitre premier.

Dans un chapitre II, sera continuée l'étude de l'universalité de fait par l'examen des applications qui en ont été faites en dehors du fonds de commerce et des théories émises sur ce concept en France ou dans quelques législations étrangères à l'occasion du problème dogmatique de la classification des choses; l'exposé des solutions doctrinales et législatives modernes sera assorti du rappel sommaire de leur fondement philosophique ou historique.

Nous passerons avec le chapitre III à l'étude de la notion d'universalité de droit; nous y montrerons son expression théorique et abstraite dans les deux théories émises sur la nature juridique du patrimoine, la théorie classique d'Aubry et Rau et la théorie objective ou du patrimoine d'affectation. Ce chapitre sera terminé par un tableau récapitulatif, où seront comparées les deux conceptions du patrimoine précédemment exposées et déterminées les différences et les ressemblances existant par conséquent entre les deux conceptions de l'universalité de droit qu'elles traduisent.

Les chapitres IV et V, passant en revue les applications concrètes de la notion d'universalité de droit que l'on peut retrouver, sous la forme de la notion type de patrimoine ou de notions dérivées, dans la législation, la doctrine et la jurisprudence françaises convaincront le lecteur que l' « extension » de ce concept d'universalité de droit est beaucoup plus grande que ne le croit l'opinion commune, insuffisamment fondée.

Pour ne parler que des notions dérivées du patrimoine, nous présenterons une analyse de la personnalité morale,

de l'indivision, de la communauté entre époux en fonction de l'universalité de droit.

Le chapitre VI sera consacré à l'examen synthétique et critique des rapports existant entre les conceptions théoriques de l'universalité de droit et les applications qui en ont été faites en législation, en doctrine et en jurisprudence.

Dans les deux derniers chapitres, il nous sera alors possible de proposer notre solution sur les concepts d'universalité de fait et de droit pris en eux-mêmes ou dans leur opposition. Après le chapitre VII, réservé plus précisément à la critique des conceptions formulant de manière inexacte cette opposition ou niant l'existence de ses termes et son bien-fondé, le chapitre VIII contiendra l'élaboration synthétique des éléments constitutifs des deux concepts envisagés, de leur opposition réelle, de leur caractère technique et scientifique.

Après avoir ainsi indiqué les problèmes que pose notre sujet, les cadres de notre travail, la méthode suivie, le but précis que nous espérons atteindre, le champ de nos explorations et le plan adopté, nous tenons à nous acquitter envers M. Bonnecase du tribut de sincère gratitude et d'infinie reconnaissance que nous lui devons; les développements consacrés par lui, dans des pages substantielles, aux notions que nous étudions, nous ont servi de précieux point de départ dans nos recherches; ces recherches, longuement poursuivies, nous ont amené à partager ses vues et à étayer ses conclusions essentielles sur tout l'appui concordant des données fournies par les applications concrètes et la nature juridique de ces notions. Sans oublier nos autres maîtres de la Faculté de Bordeaux, nous

prierons M. Bonnecase d'accepter ici l'expression particulière de nos plus vifs remerciements pour les encouragements qu'il nous a prodigués en maintes circonstances et l'aide précieuse qu'il nous a accordée par son inépuisable bienveillance.

CHAPITRE PREMIER

Élaboration de la notion d'universalité de fait à l'époque contemporaine à l'occasion de la détermination de la nature juridique du fonds de commerce.

C'est dans la notion de fonds de commerce que le concept d'universalité de fait a trouvé son expression type. Ce résultat doctrinal n'a pas été acquis sans de longs tâtonnements ou de vives luttes; la raison initiale tenait à la carence totale du Code de commerce en la matière.

Aussi le problème de la nature juridique du fonds de commerce a-t-il fait l'objet à l'époque moderne de controverses doctrinales, et les solutions qu'a essayé de lui donner la doctrine, ainsi d'ailleurs que la jurisprudence, ont été aussi variées qu'indécises et flottantes, en raison du caractère complexe qu'a revêtu de plus en plus depuis le XIX^e^ siècle le fonds de commerce et de l'absence pendant longtemps en l'espèce d'un texte positif qui ait pu servir de point de départ à l'interprète dans la détermination de cette nature juridique.

La question qui fut avant tout agitée, parmi les auteurs principalement, a été celle de savoir si *le fonds de commerce était une universalité de droit ou une universalité de fait*. On se demandait en définitive, sous cette inter-

rogation quelque peu abstraite, si le fonds de commerce, reconnu comme universalité de droit, n'avait pas le caractère essentiel d'unir dans son sein, avec des biens de nature diverse, un actif et un passif propres et inséparables l'un de l'autre, ou si, au contraire, sous le couvert de la notion d'universalité de fait, il était seulement un tout hétérogène, disparate, composé d'éléments multiples et variés, groupés entre eux dans une mesure plus ou moins large, mais à l'exclusion en tout cas d'un actif et d'un passif propres, de créances et de dettes à lui indissolublement liées.

La réponse à cette question présentait principalement le grand intérêt de régler le *sort des créances et des dettes lors de la transmission du fonds de commerce*. Le problème se pose en pratique de la manière suivante :

Soit un fonds vendu au prix de 50.000 francs. Le vendeur n'a pas encore liquidé à cette date ses engagements en cours : 30.000 francs. Il a un arriéré à encaisser, soit 10.000 francs. Est-ce son acheteur qui se chargera de cette liquidation à ses risques, sans la précompter sur les 50.000 francs ? En cas d'affirmative, celui-ci aura à solder au net 20.000 francs de plus que son prix, sans recours contre son vendeur. Somme toute, *ipso facto*, par le fait même de la cession, le fonds est vendu actif et passif, comme il en serait d'une succession : l'acheteur est tenu de plein droit, en dehors de toute convention, des obligations de son vendeur; il succède aussi à ses recouvrements à faire.

Ces résultats auront lieu si l'on adopte la thèse du fonds de commerce universalité de droit; ils seront au contraire rejetés par les auteurs qui considèrent le fonds comme une universalité de fait.

Une partie de la doctrine au moins a pu soutenir la première opinion bien avant la loi importante du 17 mars 1909, et même en présence de la loi extrêmement laconique du 1er mars 1898, qui laissait place aux interprétations les plus divergentes; mais cette opinion n'a pas été suivie par la presque unanimité de la doctrine ni à l'occasion, par la jurisprudence; elle a été implicitement condamnée par la loi de 1909.

Il faut ajouter que, si l'accord s'est fait d'assez bonne heure sur ce point négatif en quelque sorte, les hésitations et les incertitudes sur les caractères spécifiques de l'ensemble complexe formé par le fonds de commerce universalité de fait sont demeurées très grandes avant la grande loi de 1909; depuis lors, elles se sont considérablement atténuées, car la loi de 1909, en réglementant les deux contrats les plus importants, la vente et le nantissement, dont puisse faire l'objet le fonds de commerce, a donné aux auteurs et aux tribunaux quelques précieuses indications qui les ont conduits à admettre de plus en plus la notion d'universalité de fait comme explicative de la nature juridique du fonds de commerce et leur ont permis de préciser davantage les caractères distinctifs de ladite notion; cette notion se dégage ou tend à se dégager actuellement de l'imprécision qui l'entourait; c'est l'adoption d'un concept prétendu d' « *universalité juridique* » qui l'avait singulièrement obscurcie, car ce concept était pris dans des sens très différents, et son acception était rendue plus confuse encore par l'existence de nombreuses formules intermédiaires.

M. le Professeur Gombeaux décrit de la manière suivante les trois variétés d'universalité reconnues par la doctrine ou par la jurisprudence dans leur application au fonds de commerce.

« On entend le plus souvent, dit-il (1), par universalité de droit un ensemble patrimonial comprenant non seulement un certain nombre de biens, meubles et immeubles, mais aussi des créances et des dettes propres qui lui restent attachées : le type serait l'hérédité. Par universalité de fait, au contraire, on entend, en principe, un simple groupement de valeurs économiques diverses, sans autre relation entre elles que la communauté d'origine ou de destination, qui les réunit, un ensemble purement matériel, auquel ne sont liées ni créances ni dettes propres. Mais il est plus difficile de préciser le sens exact de quelques formules intermédiaires, telles que celle *d'universitas facti et juris* et *d'universalité juridique*. Cette dernière qualification, qu'on retrouve fréquemment dans la doctrine et la jurisprudence françaises, présente, à première vue, un sens assez indécis : on oppose, en effet, la conception de l'universalité juridique à celle de l'universalité de fait, mais sans l'identifier pourtant avec celle de l'universalité de droit, puisqu'on n'en déduit pas l'existence d'un actif et d'un passif particuliers; au fond, il semble bien qu'on veuille faire entendre par là que le fonds de commerce, sans être, comme l'hérédité, un patrimoine comportant ses créances et ses dettes, est du moins autre chose qu'un ensemble de valeurs conservant leur nature et leur condition juridique propres et forme un tout susceptible d'être traité d'une façon uniforme dans l'exécution d'un contrat. »

Nous allons maintenant étudier avec quelques détails ces notions telles qu'elles se dégagent de la théorie pure, de la jurisprudence et de la législation.

---

(1) *Op. cit.*, p. 36-37.

Dans une première section, nous verrons le sort qui a été réservé aux conceptions qui voient dans le fonds de commerce une universalité de droit.

Dans une deuxième section, nous examinerons les théories soutenues sur le fonds de commerce universalité de fait ou « universalité juridique » (2). Après avoir montré que cette notion a été implicitement consacrée par la loi de 1909, nous analyserons sous quelle forme et à propos de quelles questions essentielles elle trouve une expression concrète dans la doctrine et la jurisprudence.

SECTION PREMIERE

EXAMEN DES CONCEPTIONS CONSIDÉRANT LE FONDS DE COMMERCE COMME UNE UNIVERSALITÉ DE DROIT; REJET DE CETTE THÉORIE PAR LA MAJORITÉ DE LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE FRANÇAISES AVANT LA LOI DU 17 MARS 1909; SA NON-CONSÉCRATION IMPLICITE PAR CETTE LOI DANS SON PRINCIPE ET SES CONSÉQUENCES PRATIQUES FONDAMENTALES

Nous diviserons cette section en deux paragraphes.

§ 1. — *Aperçu des théories sur le fonds de commerce envisagé comme une universalité de droit; rejet de ces conceptions par la majorité de la doctrine et la jurisprudence françaises avant la loi du 17 mars 1909.*

---

(2) Nous rangeons l'universalité juridique à côté de l'universalité de fait; mais nous verrons que la première n'est pas une catégorie réelle, et, partant, est une source fâcheuse de confusion terminologique; elle s'absorbe, en réalité, dans le concept d'universalité de fait, qu'elle contribue à « informer ». Nous renvoyons le lecteur à nos explications ultérieures.

§ 2. — *La non-consécration par la loi du 17 mars 1909 ainsi que par la doctrine et la jurisprudence postérieures de la théorie du fonds de commerce universalité de droit dans son principe et dans ses conséquences pratiques fondamentales.*

§ 1. — Aperçu des théories sur le fonds de commerce envisagé comme une universalité de droit; rejet de ces conceptions par la majorité de la doctrine et la jurisprudence françaises avant la loi du 17 mars 1909.

De nombreuses théories, simples variantes d'une conception unique, ont vu dans le fonds de commerce *une universalité de droit;* le fonds de commerce serait, pour les partisans de ces théories, un patrimoine commercial, ayant un actif et un passif propres, patrimoine revêtu d'une autonomie juridique très nette, distinct en un mot du patrimoine général du commerçant, de son patrimoine civil.

On peut les ramener à deux principales :

1° On a prétendu faire du fonds de commerce une *personne morale* à laquelle on rattacherait le patrimoine commercial. Le propriétaire de ce patrimoine n'est pas alors le commerçant, mais la maison de commerce elle-même, dont le commerçant n'est que le gérant.

2° D'une façon plus radicale, on a reconnu au fonds de commerce le caractère d'un *patrimoine commercial* distinct du patrimoine civil du commerçant, sans faire reposer ce patrimoine sur la tête d'une personne morale.

Ces théories ont pour traits communs de comprendre, dans les éléments du fonds de commerce, les créances et les dettes, qui leur seraient étroitement rattachées; la conséquence qu'on tire de ce rattachement, c'est que les

obligations actives et passives passent au successeur en cas de cession du fonds de commerce; que, sur l'actif commercial, les créanciers commerciaux disposent d'un droit de gage exclusif ou, du moins, qu'ils disposeraient d'un droit de priorité, d'un rang de préférence, par rapport aux créanciers civils du commerçant.

Ce sont ces principes que nous retrouvons à la base des variantes de notre théorie, que l'on désigne sous le nom de théories du fonds de commerce personne morale, et du patrimoine commercial, sujet de droit ou patrimoine d'affectation.

1° *Le fonds de commerce personne morale* (3).

Cette théorie, née en Allemagne, où elle avait rencontré d'ardents défenseurs (4) ne fut adoptée en France, avec timidité d'ailleurs, que par quelques auteurs (5). Nous retiendrons seulement de cette théorie que le fonds de commerce constitue pour elle un organisme économique absolument indépendant et qui est libre d'attaches avec le patrimoine particulier du commerçant.

En raison de sa personnification, le fonds de commerce a sa vie propre; toutes les manifestations de la personnalité s'appliquent à lui : il a ainsi un domicile, un nom. Surtout, observation essentielle, il est doué d'un patri-

---

(3) Voir, pour son exposé, Gombeaux, *op. cit.*, p. 14 à 24; Mouchet, *op. cit.*, p. 43 à 49.

(4) Citons seulement, à titre documentaire, Von Völderndorff, *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, 1867, t. I, p. 192 et s.; Endemann, *Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt*, 4e éd., 1887, §§ 15 et s., p. 58 et s.

(5) Valery, *Des contrats par correspondance*, Paris, 1895, n° 263 *bis*, p. 243 et s., et surtout l'article intitulé « Maison de commerce et fonds de commerce » (*Ann. dr. com.*, 1902, p. 209 et 269); Catalan, *Condition juridique des fonds de commerce*, th. Montpellier, 1899, ouvrage inspiré de la doctrine de M. Valéry.

moine; c'est même lui qui est le véritable propriétaire du capital commercial; il a ses créances et ses dettes propres, au point de vue de la transmission de cet actif et de ce passif; on ne peut dire qu'inexactement que l'actif et le passif suivent le fonds de commerce entre les mains du successeur; en réalité, il n'y a aucune transmission des créances ou des dettes. Le créancier ou le débiteur reste le même; après comme avant la cession, c'est toujours le fonds dont la condition ne s'est aucunement modifiée, mais qui a seulement changé de gérant.

On est conduit, dans cette théorie, à établir entre la fortune personnelle du négociant et les valeurs affectées au commerce une véritable séparation de patrimoines. Cette conséquence découle tout naturellement du fait qu'en réalité les deux masses de biens n'appartiennent plus au même propriétaire. Au cas où le commerçant a plusieurs fonds, il y aura autant de patrimoines distincts que de fonds, avec toutes les conséquences que cette pluralité peut produire dans le domaine du droit.

Cette conception découle de la nature abstraite assignée, nous le verrons bientôt, à l'universalité de droit, sous sa forme type, le patrimoine. Sur le patrimoine et ses applications en droit actuel, les théories subjective, ou d'Aubry et Rau, et objective, ou des patrimoines d'affectation, ont été élaborées. C'est à cette dernière que se rattache la variante à laquelle nous parvenons maintenant, relativement au fonds de commerce.

2° *Le fonds de commerce patrimoine commercial sujet de droit ou patrimoine d'affectation* (6).

---

(6) La théorie est résumée dans Gombeaux, *op. cit.*, *p.* 25 et s.; Sources : *Brinz, Lehrbuch der Pandekten*, t. I, 3e éd., 1884, §§ 60 et s., t. III, 2e éd.,

La thèse du patrimoine *sujet de droit* consiste à voir dans le patrimoine lui-même le véritable sujet de droit, qui devient titulaire des créances et des dettes; ce patrimoine est vivifié par le but, *le Zweck :* c'est un *Zweckvermögen*. Le fonds de commerce est un patrimoine, mais c'est un patrimoine dépendant (*abhängiges Zweckvermögen*) et qui est rattaché dans une certaine mesure au patrimoine personnel ou patrimoine général du commerçant.

Cette conception a pour conséquence de créer, comme la précédente, une séparation des patrimoines. Grâce à l'idée de la *Firma*, ou nom commercial, que la doctrine allemande personnifie en quelque sorte, le fonds de commerce ne laisse pas de présenter une large autonomie, une individualité à la fois économique et juridique.

Néanmoins, la séparation des patrimoines en raison du caractère dépendant du fonds n'est pas complète : les partisans de cette conception admettent un recours subsidiaire des créanciers commerciaux sur le patrimoine personnel du commerçant.

La théorie du *patrimoine d'affectation* (7) est une application de la thèse objective de l'universalité de droit. Elle se base essentiellement sur l'influence qu'exerce l'unité

1888, §§ 482 et s., p. 453 et s.; Bekker, *Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaften* (*Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, 1861, t. IV, p. 499 et s.), et *Zur Lehre von der Rechtsubjekt* (*Jahrb. für die Dogmatik*, t. XII, p. 1 à 135).

(7) Ses représentants ont été, pour la France principalement, Thiry, *Revue critique*, 1854, p. 412 et s.; Mongin, *Revue critique*, 1890, p. 697 et s.; Meynial, note sous Cass., 21 févr. 1891, et 2 mars 1892, S., 92. 1. 73 et 497; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire*, t. I, nos 675 et s.; surtout Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, Paris, 1890, p. 148. Note sous Dijon, 30 juin 1893, S., 94. 2. 185, et *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite* (*Ann. dr. com.*, 1897, n° 61, p. 39 et s.); *adde* Magnin, *Essai sur le nantissement des fonds de commerce* (*Ann. dr. com.*, 1899, nos 10-11, p. 469-470).

de destination sur un ensemble de valeurs, tel que le fonds de commerce, et soutient que l'affectation du patrimoine commercial à un but particulier isole juridiquement ce patrimoine et en fait une masse de biens distincte, ayant une condition indépendante. L'affectation réalise une certaine séparation de fait, à laquelle doit correspondre, et correspond en réalité, une indépendance juridique caractérisée par l'existence d'un actif et d'un passif propres autonomes (8).

Le Professeur Saleilles a été en France le principal protagoniste de cette thèse; il se plaçait du reste, comme on l'a fait observer (9), à un point de vue purement théorique et législatif et n'envisageait pas cette thèse comme l'ex-

---

(8) Cette conception trouve des précédents historiques dans l'institution romaine de la *merx peculiaris* : Les Romains ont connu la conception du fonds de commerce, patrimoine indépendant, séparé du patrimoine du commerçant par son affectation. Nous visons l'hypothèse spéciale où, par suite des préjugés mêmes qui interdisaient aux citoyens des hautes classes l'exercice d'un négoce, des biens étaient isolés de l'ensemble du patrimoine d'un homme libre et affectés au commerce par le maître pour les confier à un esclave chargé de la gestion de la *merx peculiaris* ainsi constituée, dont l'existence permettait ainsi à tout citoyen de réaliser des bénéfices commerciaux sans paraître personnellement (Cf. D. 14. 4 de trib. act., et en particulier Ulp. D. 14. 4 h. tit. 1 pr.). Le fonds de commerce présente une autonomie juridique, qui se manifeste nettement dans l'attribution de l'actif de chaque établissement, qui constitue le gage spécial de ses créanciers. Ulp. D. 14. 4. 5. 11; Gaïus Inst. 4. 72 (*Textes Girard*, p. 335). Ceux-ci sont payés sur lui par préférence non seulement aux créanciers personnels du maître, mais aux créanciers non commerciaux du pécule, au cas où tous les biens entrant dans sa composition ne sont pas consacrés au commerce, même à ceux des autres « merces », si le pécule en comprend plusieurs, même enfin à ceux des autres boutiques, si le même commerce est exercé en des lieux différents par le même esclave (D. 14. 4. 5. 4, 5, 15 et 16). L'idée de la création d'un patrimoine commercial d'affectation indépendant est poussée jusqu'à ses extrêmes conséquences; mais il semble que cette hypothèse, inspirée par les nécessités pratiques, est plus l'expression d'un expédient que l'application d'une théorie générale, que les jurisconsultes romains n'ont sans doute jamais songé à établir.

(9) Gombeaux, *op. cit.*, p. 32; Gazin, *op. cit.*, p. 144.

pression du droit positif français; il avait seulement en vue l'intérêt que présente l'application de cette thèse, qui a, en effet, pour conséquence directe et principale de lier au patrimoine commercial les créances et les dettes nées de l'exploitation même de l'entreprise.

La théorie du fonds de commerce patrimoine indépendant n'a rencontré que bien peu de succès en France; néanmoins, certains auteurs paraissent s'être rangés plus ou moins ouvertement, plus ou moins complètement, à cette conception.

C'est ainsi, par exemple, que la doctrine se trouve très nettement exprimée par Proud'hon (10). Ce jurisconsulte voit en effet dans le fonds de commerce « un tout composé d'actif et de passif, comme le droit d'hérédité, parce que ce fonds comprend soit les marchandises destinées à la vente, soit les créances, soit enfin les dettes commerciales inhérentes aux négociations du commerçant » (11).

L'idée du fonds de commerce patrimoine indépendant a été soutenue, en même temps que par le Professeur Saleilles, par M. Magnin (12), qui a vu « dans le fonds de commerce une sorte de pécule commercial, séparé, par sa destination même, des autres biens du commerçant, ayant ses créanciers et ses débiteurs, et dont l'aliénation comporte de plein droit cession à l'acquéreur des créances et des dettes qui en dépendent ».

Toutes les théories que nous venons d'examiner aboutissent à ces mêmes résultats pratiques; M. Valéry (13), par

---

(10) *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation*, Paris, 1836, t. I, n° 1010, p. 470; t. II, n^{os} 1845 et s., p. 46 et s.

(11) Proud'hon, *op. cit.*, t. II, n° 1851, p. 52-53.

(12) *Loc. cit.*

(13) *Contrats par correspondance*, n° 263 *bis*, p. 243, et *Maison de commerce et fonds de commerce* (*Ann. dr. com.*, 1902, p. 209 et s., p. 269 et s.).

exemple, partisan du fonds de commerce personne morale, rapproche, tout comme le faisait Proud'hon, le fonds de commerce de l'hérédité, au point d'en tirer même cette conséquence, adoptée par l'article 297 du Code de commerce allemand de 1861, qu'une offre ou un mandat émanés d'un négociant ne disparaissent pas à sa mort, mais subsistent au profit du fonds.

Ces théories, d'inspiration étrangère, ont été, en définitive, peu dans les goûts de la doctrine française, dont des représentants éminents ont expressément condamné les conséquences, comme ne correspondant pas théoriquement à l'analyse interne du fonds de commerce et comme se révélant étrangères aux solutions de la jurisprudence et à la pratique du monde commercial et même à la loi du 1er mars 1898, dans laquelle on avait prétendu trouver la consécration législative.

En pure théorie, le fonds de commerce, dit-on, ne peut pas être considéré comme une universalité de droit. Telle est l'opinion de M. le Professeur Gombeaux, qui s'exprime ainsi au sujet du fonds de commerce : « On ne peut pas, déclare-t-il (14), le considérer comme une universalité de droit (nous respectons la formule traditionnelle), c'est-à-dire comme un ensemble de biens comportant un actif et un passif propres. Le trait caractéristique de l'universalité de droit, c'est, en effet, d'être le siège de créances et de dettes séparées. » Cette conception ne peut être appliquée, déclare M. Gombeaux, au fonds de commerce : « Nous ne voyons pas, ajoute-t-il, dans les divers éléments, tous assez mobiles et assez variables, qui rentrent dans la notion de l'entreprise commerciale, un support suffisant pour les

(14) *Op. cit.*, p. 68-69.

créances, et surtout pour les dettes commerciales, et nous ne croyons pas que le fonds de commerce soit une sorte de patrimoine auquel on puisse les rattacher. Nous ne trouvons pas juste la comparaison qu'on fait avec l'hérédité, qui est un ensemble de biens tout différent de nature et d'importance et qui constitue d'une façon toute naturelle le gage des créanciers du défunt.

» C'est donc uniquement l'analyse interne du fonds de commerce lui-même qui nous permet de rejeter cette conception, et nous n'avons pas, pour cela, à faire appel à la théorie de l'indivisibilité du patrimoine, corollaire du principe de l'unité de la personnalité. Cette théorie a été récemment contestée, et l'on doit convenir qu'il s'est manifesté, dans ces derniers temps, une tendance certaine à constituer ce qu'on a appelé des « affectations de biens » séparées, c'est-à-dire à spécialiser le gage des créanciers.

» Sans prendre parti dans cette discussion, et sans nous prononcer sur la valeur d'un principe, qui est, aujourd'hui encore, très généralement admis, nous croyons que la nature même du fonds de commerce répugne à l'idée d'universalité de droit et qu'il serait exagéré d'attribuer ce caractère aux différentes valeurs qui le composent. »

Quant à la jurisprudence, on remarque que non seulement elle n'a pas encore consacré cette théorie de l'universalité de droit appliquée au fonds de commerce, mais qu'elle n'a même eu que très rarement à se prononcer sur ce point, pour la bonne raison qu'il y avait là un ordre d'idées qui est resté étranger au monde commercial.

Il a été pourtant observé que, dans la jurisprudence française, on pouvait rencontrer des solutions qui semblent se rattacher à la conception du fonds de commerce universalité de droit, mais il a été répondu fort justement

que ces solutions sont inspirées de quelque principe particulier et ne doivent pas être utilisées pour en induire des conséquences déterminées quant à la nature et à la condition du fonds de commerce (15).

En matière de faillite, par exemple, on a allégué que la suspension de paiement, à laquelle est subordonnée la déclaration de faillite, doit affecter, en principe, les dettes commerciales et non les dettes civiles, du moins dans l'opinion généralement admise. Il ne faut pas induire de là que la pratique française ait vu dans la faillite une institution particulière au pécule commercial; cette distinction s'explique simplement par ce fait que la faillite est une institution particulière aux commerçants, tandis que la déconfiture existe seule pour les non-commerçants. D'ailleurs, dès que la cessation des paiements commerciaux a donné lieu à la déclaration de faillite, celle-ci produit son effet sur l'ensemble du patrimoine du négociant et n'admet aucune distinction entre l'actif commercial et la fortune privée, pas plus qu'entre les créanciers commerciaux et les créanciers civils.

De même, si certaines décisions de jurisprudence tendent à reconnaître la possibilité pour un même commerçant d'être l'objet de plusieurs déclarations de faillite, s'il a plusieurs établissements différents, ce système, dit des faillites multiples, n'a pas pour effet de faire de chaque fonds de commerce un patrimoine séparé ayant ses créanciers propres; il y a là une pure question de procédure, et jamais personne n'a admis qu'il existât un gage spécial à chaque entreprise commerciale; il n'y a pas plusieurs faillites, mais un seul failli.

---

(15) Gombeaux, *op. cit.*, p. 234-237.

La législation reconnaît-elle donc une notion — telle que l'universalité de droit — que ni la doctrine ni la pratique ne consacrent comme explicative du caractère juridique d'un fonds de commerce ?

L'affirmative a été soutenue, avant la loi de 1909, pour la loi du 1er mars 1898, loi insuffisante et laconique, qui, nous le verrons, s'efforçait, sans y parvenir, de régler le difficile problème du nantissement des fonds de commerce. Son article unique était incorporé à l'article 2075 du Code civil; on ne pouvait donc s'appuyer sur son texte pour affirmer que le fonds de commerce était dès lors un « *pécule* » commercial; un auteur déjà cité, M. Magnin, le soutint cependant en s'appuyant sur les déclarations faites par le rapporteur au Sénat, M. Thézard, qui avait affirmé à plusieurs reprises que le fonds était une « universalité juridique » ou même « une universalité de droit ». Il invoquait aussi l'unité et l'indivisibilité établie par la loi de 1898 entre les divers éléments du fonds.

L'opinion de cet auteur, qui voulait au reste, cédant au mouvement alors très net dans la doctrine contre la notion de personnalité morale et vers la création de petites universalités indépendantes, appliquait cette tendance à la fois au fonds social et au fonds de commerce; on arrivait ainsi, à son avis, à une conception du fonds de commerce qui, sans faire appel à la notion de personnalité morale, permettait de résoudre la question du transfert au successeur des créances et des dettes commerciales.

Cette opinion ne fut pas partagée en général par la doctrine française du moment; les auteurs soutiennent que cette conception ne ressortait nullement du texte ou même des travaux préparatoires de la loi du 1er mars 1898; ainsi qu'on peut le voir d'après la citation consignée en

note, ils affirmèrent en particulier que, si M. Thézard, le rapporteur de cette loi, avait parlé d'universalité de droit et même comparé le fonds de commerce à l'hérédité, il n'avait point attaché à ces expressions ou à cette comparaison le sens ou la portée que M. Magnin avait voulu lui attribuer; qu'en définitive, le rapporteur lui-même s'était toujours référé à la notion courante du fonds de commerce; sans aller plus loin, il avait voulu dire que les éléments de l'ensemble formé par le fonds de commerce formaient un bien unique (16).

Cette position hostile de la grande majorité de la doctrine et la jurisprudence françaises s'est trouvée renforcée avec la loi de 1909, qui a implicitement rejeté la conception précédente.

---

(16) M. Ch. Robert s'exprimait à cet égard en termes excellents dans une note au D., 1901. 2. 97, sous Paris, 23 mars 1900, et autres nombreuses décisions (D., 1901. 2. 100, col. 2) : « On ne peut plus aujourd'hui dénier au fonds de commerce le caractère d'une universalité indépendante des éléments qui la composent et absorbant ces éléments dans son unité. C'est une conséquence nécessaire de la loi (de 1898) qui subordonne à l'accomplissement d'une formalité unique la validité du nantissement consenti sur l'ensemble des éléments constitutifs d'un fonds de commerce. » Mais, se demande M. Ch. Robert, quels sont ces éléments et l'étendue de la sûreté? « La réponse, écrit cet auteur, dépend en partie du caractère reconnu à l'universalité constituée par le fonds de commerce, car si c'était une universalité de droit, c'est-à-dire « une sorte de pécule » commercial, séparé par sa destination même des autres biens du com- » merçant, ayant ses créanciers et ses débiteurs » (Magnin, *op. cit.*, p. 399), il serait logique d'y englober toutes les créances acquises au commerçant à raison de son exploitation commerciale. Le rapport de M. Thézard au Sénat qualifie le fonds de commerce d'universalité juridique en le comparant à ce qui était l'hérédité en droit romain, mais rien dans le texte de la loi n'implique que le législateur ait pris à son compte cette opinion de M. Thézard... Le fonds de commerce reste donc pour nous une universalité de fait, dans laquelle les créances ne sont pas entraînées et absorbées. »

§ 2. — **La non-consécration par la loi du 17 mars 1909 ainsi que par la doctrine et la jurisprudence françaises postérieures de la théorie du fonds de commerce universalité de droit dans son principe et dans ses conséquences pratiques fondamentales.**

Les variantes de la théorie du fonds de commerce universalité de droit avaient, nous venons de le voir, pour trait commun de faire du fonds de commerce un patrimoine spécial, revêtu d'une autonomie juridique complète, en ce sens que le fonds de commerce comporterait un actif et un passif propres, de nature commerciale, distincts absolument du patrimoine civil, de l'actif et du passif civils du commerçant, un actif et un passif dont l'existence autonome se manifesterait quant à l'étendue du droit de gage des créanciers commerciaux, qui aurait pour objet tous les éléments actifs et passifs du fonds; ces éléments formeraient une unité abstraite dont la valeur ne pourrait être établie que déduction faite du passif qui la grève; les privilèges inscrits s'exerceraient seulement sur l'actif net, déduction faite des dettes commerciales.

Cette autonomie juridique se révélerait aussi et surtout au cas de cession, de mutation du fonds de commerce; les obligations seraient transmises de plein droit, *ipso jure*, au successeur, en même temps que les éléments actifs qui en constituent la garantie.

Pour que le fonds de commerce réponde à la notion d'universalité de droit, plus précisément d'universalité objective, restreinte ou spécialisée, de patrimoine d'affectation, mise en avant par les auteurs modernes en liaison avec l'application de la responsabilité réelle, il faudrait : 1° que tous les biens affectés par le commerçant au com-

merce déterminé qu'il entreprend soient compris dans un seul patrimoine commercial constitutif d'une universalité; 2° que seuls les créanciers dont le droit serait né à l'occasion du commerce aient action sur ce patrimoine; 3° que, de plus, ces créanciers n'aient action que sur ce patrimoine, à l'exclusion des autres biens, c'est-à-dire du patrimoine général du commerçant (17).

Nous allons montrer, en faisant abstraction de toute appréciation critique, que le droit positif, en l'espèce la loi de 1909, n'a pas consacré en général pour le fonds de commerce les conséquences doctrinales issues des principes théoriques précédemment visés.

La loi de 1909 n'apparaît pas dès l'abord comme favorable à la conception théorique du fonds de commerce patrimoine séparé (18).

Au reste, le Code de commerce, déjà, contenait des dis-

---

(17) Sur la responsabilité réelle par opposition à la responsabilité personnelle, voir Bonnecase, *Tr. dr. com. marit.*, 1923, p. 458 et s., nos 442 et s.

(18) Dans le projet élaboré par la Société d'études législatives en 1903 relativement à la vente et au nantissement des fonds de commerce, M. le Professeur Percerou écrivait déjà : « Sans doute, lorsqu'on considère le fonds de commerce comme une universalité juridique, comme un patrimoine spécial ayant son actif et son passif propres, il est logique de décider que les modifications qui viennent à se produire dans sa condition juridique l'atteignent tout entier, y compris les créances. Mais si une telle conception est acceptée par la doctrine juridique dans certains pays, par exemple en Allemagne, ce n'est pas actuellement celle du droit positif français. Du reste, elle aboutirait à des conséquences incompatibles avec l'idée même du nantissement des fonds de commerce. Dans une telle conception, les créances, passives comme actives, suivent le sort de l'établissement. Ce que l'on constitue en gage, c'est le fonds de commerce, considéré comme universalité juridique, au même titre qu'une succession, c'est-à-dire déduction faite auparavant du passif qui le grève. Pratiquement, cela revient à dire que le gagiste ne pourra se payer qu'après que les autres créanciers auront été désintéressés. Un tel résultat, logiquement inévitable si l'on comprend les créances dans le gage (car alors il faut bien y faire rentrer aussi les obligations passives comme actives), serait la négation même du nantissement. »

positions qui marquent la confusion qui existe d'après la loi entre le patrimoine commercial et le patrimoine général du commerçant. L'article 8 du Code de commerce oblige le commerçant à faire figurer mois par mois les sommes employées à la dépense de sa maison sur son livre-journal; cette énonciation, qui donne le moyen de se rendre compte, au cas de faillite, si ces dépenses ont été excessives pour déclarer en ce cas la banqueroute simple du failli, n'autorise pas de séparation entre le patrimoine civil et le patrimoine commercial. La faillite une fois déclarée, tous les biens du failli, sans aucune distinction, se confondent, qu'ils soient compris ou non dans la composition du fonds de commerce; les créanciers civils ou commerciaux se réunissent pour former la masse et exercent sur tous les mêmes droits. Ainsi, la confusion est absolue, et entre les biens composant le patrimoine civil et le patrimoine commercial, et entre les créanciers civils et les créanciers commerciaux.

Cette confusion se retrouve, d'une manière toutefois moins absolue, dans la loi de 1909; l'article 3 de cette loi a organisé une certaine protection des créanciers du vendeur d'un fonds de commerce; cet article synthétise le droit de suite des créanciers chirographaires du commerçant sur son fonds, droit de suite qui présente d'assez grandes analogies avec le même droit qu'ont les créanciers de l'armateur sur le navire.

Cette disposition montre bien que de tels créanciers chirographaires ont action non plus sur le patrimoine général de leur débiteur, sur l'universalité de droit, telle que la concevaient Aubry et Rau, mais sur un élément déterminé, concret, de ce patrimoine; mais il ne résulte point de cet article que notre loi ait consacré parfaitement l'idée

du fonds de commerce universalité de droit objective ou patrimoine d'affectation constitué par un actif et un passif propres, autonomes.

L'article 3, al. 4, de notre loi accorde à tous les créanciers du vendeur le droit de former opposition au paiement du prix du fonds vendu, au lieu de réserver ce droit aux créanciers commerciaux, comme il devrait le faire si les biens affectés au commerce se trouvaient, par suite de cette destination, spécialement réservés à leur garantie.

La loi de 1909 a si peu consacré la conception théorique du fonds de commerce universalité de droit, avec son corollaire, l'existence d'un passif, qu'elle a *passé sous silence* une des conséquences les plus naturelles qui en découlent logiquement, à savoir la *transmission de plein droit avec la cession du fonds des créances et des dettes qui lui seraient rattachées, les dettes pendantes et les créances non recouvrées.*

L'article 3, al. 8, de la loi de 1909 montre que ladite loi ne permet pas d'admettre que les créances et les dettes commerciales passent au cessionnaire; ce texte décide que « l'acquéreur qui, sans avoir fait dans les formes prescrites les publications ou avant l'expiration du délai de dix jours, aura payé son vendeur ne sera pas libéré à l'égard des tiers ». On en conclut *a contrario* que, s'il s'est conformé aux exigences de la loi, l'acquéreur se trouve libéré envers tous les créanciers du vendeur sans distinction et que, par conséquent, il ne devient pas, par le simple effet de la cession, débiteur des dettes commerciales. Et la disposition de l'article 6 vient confirmer cette conclusion en déclarant l'acquéreur libéré par la consignation du prix, sans distinguer s'il est inférieur ou supérieur au montant du prix. L'on pourrait encore ajouter à l'appui de l'argumentation l'article 22, al. 4.

La loi de 1909 apporte au principe de la non-transmission des créances et des dettes au successeur une exception qui, bien qu'importante, ne fait que confirmer la règle. Nous visons la disposition de la loi relative au cas où un fonds de commerce fait l'objet d'un *apport en société* (*art. 7 de la loi*).

Cet article vient imposer, dans une hypothèse déterminée, mais d'une façon assez large, à l'acquéreur du fonds certaines dettes de son auteur. Les créanciers de l'associé qui a réalisé l'apport du fonds sont invités à se faire connaître au greffe du tribunal de commerce dans la quinzaine qui suit la publication de l'acte constatant l'apport. Cette déclaration comporte des conséquences très graves pour la société, car celle-ci se trouve par là même solidairement tenue des dettes ainsi déclarées, à la seule condition qu'elles soient justifiées.

Toutefois, la loi de 1909 donne à la société un moyen d'éviter un résultat aussi fâcheux. Pour cela, il faut qu'un ou plusieurs des associés de l'apporteur parviennent à faire prononcer la nullité de la société ou de l'apport en intentant à cet effet une action en justice au plus tard dans les quinze jours qui suivent la déclaration des créanciers. La loi ne précise d'ailleurs nullement à quelles conditions la nullité pourra être obtenue.

Si l'action en nullité n'est pas exercée ou si elle échoue, la société se trouve définitivement tenue des dettes de l'apporteur, fussent-elles bien supérieures à la valeur du fonds de commerce apporté.

Un auteur récent[19], dans une remarquable étude sur

---

(19) Lépargneur, *De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis* (*Revue trimestrielle*, 1924, p. 481 et s.).

laquelle nous allons revenir, a fait remarquer que la disposition légale, que nous analysons, est d'autant plus rigoureuse qu'elle ne vise pas seulement le passif relatif au fonds de commerce apporté. La loi n'ayant fait à ce sujet aucune distinction, les créanciers civils de l'apporteur sont invités, aussi bien que les créanciers commerciaux, à faire leur déclaration et à réclamer leur paiement à la société.

L'auteur ajoute d'ailleurs que c'est seulement au cas d'apport en société que la loi du 17 mars 1909 impose la transmission des dettes. Il fait observer que, dans le cas de vente du fonds, la loi se montre bien moins rigoureuse; il note à ce propos que, par application de l'article 3, l'acheteur du fonds risque néanmoins d'être astreint à payer les créanciers du vendeur à concurrence d'une somme égale à son prix d'achat, s'il commet la faute de désintéresser son cédant avant qu'il se soit écoulé dix jours depuis l'accomplissement des formalités légales de publicité.

Quoi qu'il en soit, il résulte de l'examen de la loi de 1909 que le fonds de commerce n'est pas essentiellement, de par sa nature et de plein droit, une universalité juridique composée d'un actif et d'un passif indissolublement liés dans leur existence respective et dans leur transmission.

Cette existence indissoluble n'a nullement été consacrée par la *jurisprudence, qui a décidé également que le passif ne se transmettait pas* ipso jure *avec l'actif au successeur du fonds* (20).

---

(20) Les commentaires immédiats de la loi de 1909 proclamèrent l'exclusion des créances et des dettes de la notion juridique de fonds de commerce. On s'accorda à penser également qu'en sont exclus les traités

C'est là une solution tout à fait conforme aux traditions du droit français, au principe que l'obligation ne passe pas au successeur particulier, à l'acquéreur, par le seul fait de son acquisition. Pour le fonds de commerce, la jurisprudence française admet très fermement que la vente d'un fonds de commerce n'oblige pas de plein droit l'acquéreur à régler les dettes, même commerciales, laissées par son prédécesseur.

Néanmoins, le principe de l'intransmissibilité des obligations à l'ayant cause à titre particulier comporte certaines dérogations, qui ont été étudiées récemment par M. Lépar-

---

divers qui créent des relations personnelles entre le propriétaire du fonds et les tiers. Toutefois, un arrêt de la Cour de Toulouse du 30 avril 1913 (*Gaz. Pal.*, 6 juill. 1913, *Rép. Dalloz*, n° 341) décida cependant que l'exploitant d'un fonds de commerce d'usine électrique qui avait obtenu la concession de la distribution d'énergie électrique dans une commune avait pu donner ce fonds en nantissement, y compris le droit d'exploitation de la concession, et que la vente forcée avait pu en être ordonnée, sous réserve que l'adjudication serait subordonnée à l'agrément subséquent du conseil municipal, par délibération approuvée par le préfet. Mais le commentateur du *Recueil Dalloz* de la loi du 17 mars 1909 avance avec juste raison que cette solution se heurte à une double objection : d'une part, la concession ne figure pas parmi les éléments que l'article 9 de la loi du 17 mars 1909 permet, comme nous le verrons bientôt, de comprendre dans le nantissement, et, d'autre part, il a été dit, dans les travaux préparatoires, que les « traités divers » qui créent des obligations personnelles entre le propriétaire du fonds et les tiers ne peuvent faire l'objet d'un nantissement. L'exposé des motifs de la loi se prononçait aussi pour l'exclusion des créances actuelles ou futures du nombre des éléments du fonds de commerce pouvant être donnés en nantissement : « Les créances actuelles qui ont une existence certaine peuvent faire sans doute l'objet d'une cession et même d'un nantissement dans les termes de l'article 2075, § 1er, du Code civil, mais, considérées en bloc et comme un accessoire du fonds de commerce, elles ne peuvent faire l'objet d'un nantissement dans les termes du paragraphe 2 du même article et de la présente loi. Quant aux créances futures à provenir de l'exploitation du fonds, elles ne peuvent pas plus être l'objet d'un nantissement que d'une cession opposable aux tiers. Comprendrait-on, au surplus, un nantissement qui porterait sur les créances à provenir de l'exploitation du fonds sans l'obligation d'en acquitter le passif? ».

gneur [21]. Le savant professeur part de cette constatation que, lorsqu'il s'opère une transmission à titre particulier, par exemple une vente ou une donation, il est assez fréquent que l'auteur de cette transmission se trouve avoir conclu, relativement à la chose transmise, des contrats qui sont encore en cours d'exécution : contrats à exécution successive, ou bien encore conventions portant promesses de ne pas faire. L'auteur se demande si, dans ces hypothèses, les droits ou les obligations dérivant de ces contrats vont ou non passer à l'ayant cause à titre particulier ou lui demeurer complètement étrangers. La situation peut, observe-t-il, se trouver simplifiée par une clause spéciale de l'acte de transmission décidant que l'acquéreur aura désormais le bénéfice du droit ou la charge de l'obligation dérivée du contrat antérieur. Dans ce cas, dit M. Lépargneur, « à condition, bien entendu, que le contrat antérieur n'ait pas été conclu avec un *intuitus personae* qui s'opposerait à un changement de personne dans le rapport juridique, cette clause spéciale est valable, tout comme la convention principale elle-même. L'acquéreur va donc se trouver, suivant les cas, pourvu des droits de son auteur ou lié par ses promesses. En principe, la clause ne saurait d'ailleurs avoir pour effet de soustraire le cédant aux obligations contractées par lui, car il est de règle qu'on ne peut se libérer soi-même au moyen d'un contrat conclu avec un tiers. » [22].

Mais il arrive aussi que l'acte de transmission ne parle pas des droits ou des obligations qui se rapportent ainsi au bien transmis. C'est alors que de sérieuses difficultés

---

(21) *Op.* et *loc. cit.*, p. 547 et s.
(22) *Op. cit.*, p. 483.

s'élèvent. Nous ne suivrons pas M. Lépargneur dans toutes ses recherches minutieuses; au point de vue de notre étude, il nous suffit de rappeler les cas intéressants où la jurisprudence, ainsi que le note le savant auteur, admet très fermement le principe de non-transmission des obligations aux successeurs particuliers.

D'abord, très souvent, la stipulation d'où sont nés les droits relatifs à la chose transmise faisait partie d'un contrat synallagmatique qui a engendré en même temps une ou plusieurs charges corrélatives, qui ne sont pas encore entièrement exécutées au moment où le successeur particulier prétend faire valoir ces droits. Le droit résultant de la stipulation relative à la chose passe bien à l'ayant cause à titre particulier; seulement le cocontractant n'est tenu d'exécuter son obligation que s'il y a exécution corrélative de la clause qui lui profite, car les deux obligations se servent réciproquement de cause.

En ce qui concerne le fonds de commerce (23), il y a des cas où le fonds se trouve vendu sans que l'acte de cession parle *des contrats de louage de services passés avec le personnel de l'entreprise*. Dans les cas de ce genre, du moment qu'il ne s'y est pas engagé explicitement ou implicitement, l'acquéreur n'est certainement pas tenu de respecter lesdits contrats, pour la bonne raison qu'on ne saurait se trouver tenu d'une obligation contractuelle sans y avoir donné son consentement.

Dans l'opinion de M. Lépargneur, que nous partageons, lorsque l'acte de vente du fonds de commerce n'a pas parlé du contrat de travail en cours d'exécution, l'acquéreur du fonds se trouve dans la même situation que si l'acte de

---

(23) Lépargneur, *op. cit.*, p. 539 à 547.

vente avait prévu la continuation de ce contrat, avec cette différence importante, toutefois, que le nouveau titulaire du fonds peut, s'il le veut, se refuser à cette continuation.

S'il est reconnu que l'employé s'est engagé en considération de la personne de l'employeur, il ne peut être contraint par le nouvel acquéreur à exécuter le contrat, pas plus quand la continuation de ce contrat a été prévue dans l'acte de cession du fonds que dans le cas contraire.

Cette hypothèse des contrats de louage de services, ainsi que quelques autres, nous les avons citées pour bien montrer qu'il ne s'agit en tout cas que d'une *transmission conventionnelle de créances ou d'obligations commerciales*. Ce sont là des cas que l'on ne peut pas généraliser, ou, du moins, on ne peut tirer de leur existence l'idée de fonds de commerce véritable patrimoine comportant des créances et des dettes. Les difficultés pratiques soulevées par l'intransmissibilité *ipso jure* des obligations actives et passives ont été résolues, dans les hypothèses que nous venons d'examiner, par interprétation de la volonté des parties avec une explication technique appropriée.

Aussi bien, les partisans les plus convaincus de la théorie objective du patrimoine et de la consécration en nombre indéfini des patrimoines d'affectation ou universalités de de droit objectives ne vont pas jusqu'à ranger parmi de tels patrimoines le fonds de commerce (24).

---

(24) En droit positif, les créances et les dettes ne font donc point partie de la notion juridique du fonds de commerce; la solution contraire ne peut être admise ou admissible que si l'on se place au point de vue de la *lex ferenda* ou si l'on examine la technique de la comptabilité. A ce dernier point de vue, dans une intéressante étude de M. Léon Retail, *La notion juridique de patrimoine et la notion comptable de bilan* (brochure extraite de la *Revue pratique de législation et de jurisprudence du Tribunal de commerce de la Seine*, nos 15 août-15 sept. 1927, Paris, 1928, Libr.,

Gazin motive cette solution, qui contrecarre dans une certaine mesure les principes par lui posés, en disant que fonds de commerce et avoir civil n'ont jamais correspondu en réalité à des buts véritablement distincts, qu'il n'y a pas

---

A. Rousseau, éd.), le fonds de commerce est considéré, dans la théorie comptable dite de la fiction, comme un patrimoine d'affectation.

L'auteur constate que, encore à l'époque actuelle, la définition juridique du fonds de commerce, quoique s'élargissant progressivement, n'englobe pas encore l'ensemble des biens affectés par le commerçant à l'exercice de sa profession. C'est ainsi que les fonds de roulement, les créances et les dettes commerciales restent en dehors de la notion juridique du fonds de commerce, tout en faisant certainement partie du patrimoine commercial au sens large du mot. Le fonds de commerce apparaît, au contraire, au regard de la comptabilité, dont il est l'objet, comme l'expression même de ce patrimoine commercial; *au point de vue comptable pur*, il est un *patrimoine d'affectation selon la théorie dite de la « fiction »*, la fiction consistant précisément à dédoubler la personnalité du commerçant en deux personnes, le « *capitaliste* » et le « *gérant* », le « *gérant* » tenant les comptes de l'entreprise, le « *capitaliste* », en tant que titulaire du patrimoine général qui a fourni les fonds, constituant comme une personne étrangère à l'entreprise, créancière de celle-ci à concurrence du capital qu'il a affecté au commerce. La comptabilité n'a une valeur pratique que si elle est complète; elle doit comprendre tous les biens que le commerçant a consacrés à l'exploitation de son négoce, les revenus qu'il en a tirés, les obligations qu'il a contractées à cette occasion. « Bien que, dans notre législation contemporaine, déclare M. Retail, tous les droits mentionnés dans l'actif et dans le passif d'une comptabilité ne soient pas soumis à un régime juridique spécial, l'idée d'un patrimoine autonome à l'intérieur du patrimoine général du commerçant est à la base de toute comptabilité commerciale. » Il faudra donc tenir compte, non seulement des rapports juridiques qui se nouent entre le commerçant et les tiers à l'occasion du commerce, mais des rapports qui se nouent entre le patrimoine commercial et le patrimoine non commercial du commerçant. Si, par exemple, le commerçant, au lieu d'emprunter, par hypothèse, les fonds nécessaires à l'entreprise à un tiers, les prélève sur sa fortune personnelle, le bilan devra porter sous la rubrique « passif » tout ce que doit le patrimoine commercial soit à des tiers, soit encore, dans notre cas, au patrimoine non commercial du commerçant, lui-même considéré comme bailleur de fonds. Nous assistons ainsi à un dédoublement fictif (d'où le nom de la théorie) du patrimoine du commerçant. Il y a là une fiction, mais M. Retail a eu raison en tout cas de montrer l'espèce de parallélisme qui existe entre la théorie juridique du patrimoine d'affectation et la théorie comptable de la fiction. Cet exemple illustre les rapports qui existent dans un certaine mesure entre le droit et la comptabilité.

entre les deux masses, qui paraissent de prime abord consacrées à deux destinations différentes, place pour une réelle diversité d'intérêts; la divergence, ajoute-t-il, n'est que dans les moyens; le but économique est le même (25).

Sans nous attarder à l'examen du bien-fondé de ces motifs, nous ajouterons que, de son côté, M. Henry (25 *bis*) déclare qu' « au point de vue passif, il est bien difficile, dans l'état actuel du droit, de considéer le fonds de commerce comme une universalité juridique. Le fonds de commerce ne possède pas un passif propre; les dettes commerciales ne se séparent pas des dettes civiles; elles ne s'exercent pas de préférence à elles sur l'actif du fonds; elles ne sont pas transmises plus qu'elles à l'acquéreur en cas de cession du fonds de commerce. Mais, en envisageant le seul élément actif du fonds, rien n'empêche de le considérer comme un patrimoine susceptible de se renouveler dans ses éléments matériels par voie de subrogation. Le fonds de commerce se compose, en effet, certainement d'un ensemble de biens envisagés dans leur valeur pécuniaire et réunis par leur communauté d'affectation à l'exploitation d'une entreprise. Et c'est en partant de cette idée que l'on doit déterminer la composition du fonds à l'encontre du vendeur ou du créancier gagiste ».

Observons à cette place que, dans la plupart des pays où a été soutenue la théorie du fonds de commerce universalité de droit, les dispositions législatives ou l'application pratique de la théorie ont conduit les auteurs à édulcorer leurs principes, au point de leur donner la portée réduite que nous venons de voir.

---

(25) Gazin, *op. cit.*, p. 357.

(25 *bis*). *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, th. Nancy, 1913, p. 181.

En droit allemand (26), par exemple, d'après la conception de la Firma et du patrimoine d'affectation, les créances et les dettes devraient se transmettre, comme dans une succession, à l'acquéreur du fonds de commerce et, d'autre part, les créances commerciales devraient être distinctes absolument, quant au gage sur lequel elles portent, des créances civiles. Or, cette dernière conséquence n'est aucunement admise par les auteurs les plus récents, spécialistes du droit commercial allemand; et pour la première conséquence, les articles 22 et 25 du Code de commerce allemand obligent la doctrine à considérer, moyennant des distinctions subtiles, la transmission du passif de l'aliénateur à l'acquéreur comme interprétative de la volonté des parties.

De même, en Italie, les auteurs qui soutiennent la thèse du fonds de commerce universalité de droit (27) n'en tirent point pour autant la déduction que l'actif de l'entreprise soit le gage exclusif des créanciers commerciaux ou, tout au moins, qu'ils aient sur cet actif des droits privilégiés; on ne parle pas, en général, de la séparation qui pourrait exister ainsi entre le fonds de commerce et le patrimoine privé du commerçant. Au cas de pluralité des fonds, on admet même l'unité de faillite et le droit de gage de tous

---

(26) Cons. Julius von Gierke, *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, in *Grundrisse der Rechtswissenschaft*, Sechster Band, Berlin et Leipzig, 1921, §§ 14-16, p. 46 à 60; Cosack, *Tr. dr. com. allemand*, trad. Mis, Paris, 1904, t. II, § Raisons de commerce; Gombeaux, *op. cit.*, p. 42 et 46, texte et auteurs cités, et p. 283 à 289.

(27) Notons. Calamandrei, *Teoria dell'azienda commerciale*, Torino, 1891, nos 39-41; Marghieri, *Il diritto commerciale italiano esposto sistematicamente*, 2e éd., t. I, nos 174 et s. Cpr. l'exposé critique de l'opinion susvisée que donne Vivante, *Tr. dr. com.*, trad. Escarra, t. III, Les biens, Paris, 1911, notam. p. 1 à 16.

les créanciers sur le patrimoine privé et sur le patrimoine commercial (28).

Encore que la conception du fonds de commerce soit, en droit anglais, assez originale, nous le verrons, les auteurs sont d'accord également pour exclure les créances et les dettes de sa notion juridique (29).

Le fonds de commerce n'est donc pas, à l'heure actuelle, considéré comme une universalité de droit unissant en son sein des éléments actifs et passifs; nous allons voir dans une section II qu'il répond au concept d'universalité de fait, sous le couvert duquel il groupe seulement des éléments purement actifs, réunis dans une mesure que l'examen des conceptions doctrinales, des dispositions législatives et des solutions pratiques actuelles va nous permettre de préciser.

---

(28) Marghieri, *op. cit.*, t. I, n° 177, p. 252, écrit parlant de l'entreprise commerciale : « Essa, in fatti, non costituice una garentia speciale dei creditori commerciali. Questi non hanno sul suo attivo alcun diritto di privilegio, che nasca dallo esclusivo carattere commerciale del loro credito, di fronte agli altri creditori. Regge in tutto il suo vigore l'articolo 1949 del Codice civile, pel quale tutti i beni del debitore, senza distinzione alcuna, sono la garentia comune de' soi creditori, e questi vi hanno tutti un eguale diritto, quando fra essi non vi sono le cause legitime di prelezione, i privilegi, cioè, i pegni e le ipoteche. » Cpr. solution identique dans Julius v. Gierke, *op. cit.*, p. 48.

(29) Jenks, *Digeste de droit civil anglais*, 2e éd., trad. Baumann et Goulé, Paris, 1923, art. 1676 *in fine* : « Il y a lieu naturellement de rappeler que l'acquisition d'un achalandage (synonyme en Angleterre du fonds de commerce) ne comprend pas par lui-même les droits et obligations attachés au fonds de commerce. »

SECTION II

LE CONCEPT D'UNIVERSALITÉ DE FAIT EN TANT QUE TRADUISANT LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE : APERÇU DES VARIANTES THÉORIQUES SOUTENUES AVANT LA LOI DU 17 MARS 1909, ET DE LEUR APPLICATION CONCRÈTE DANS LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE FRANÇAISES; EXPRESSION DU CONCEPT SOUS-JACENTE AUX DISPOSITIONS DE LADITE LOI, SOLUTIONS DOCTRINALES ET JURISPRUDENTIELLES ACTUELLES DÉRIVANT PLUS OU MOINS DIRECTEMENT DE CETTE RÉGLEMENTATION LÉGISLATIVE

Le fonds de commerce n'est pas une universalité de droit, c'est là un point acquis. Le terrain est ainsi quelque peu déblayé, mais ce résultat n'est, somme toute, qu'une constatation purement négative; il est plus facile de dire ce que le fonds de commerce n'est pas que ce qu'il est en réalité, à savoir une universalité de fait.

La complexité croissante, au cours du XIX[e] siècle, de notre institution, a donné lieu sur ce point à des incertitudes et des hésitations doctrinales particulièrement graves; il n'est besoin, pour s'en convaincre, que d'emprunter à des auteurs de monographies les citations caractéristiques que l'on trouvera ci-dessous (30).

---

(30) Les opinions doctrinales si vagues et si indécises que nous reproduisons à cette place feraient penser, bien à tort, qu'il est impossible d'arriver en la matière à une solution quelque peu précise. N'est-ce pas l'impression qui naît à la lecture des passages suivants ?

Pour M. Fialon (*Du nantissement des fonds de commerce*, th. Bordeaux, 1909, p. 7-8), le fonds de commerce est « *l'universalité* « *sui generis* » qui résulte tant de l'affectation des divers éléments constitutifs d'un établissement commercial à son exploitation que de la réaction de valeur qui, par suite de cette réunion, se produit entre ces divers éléments »; et, page 12, il ajoute : « Il semble donc qu'*en attendant de pouvoir considérer un fonds de commerce comme une véritable universalité juridique il faut admettre que c'est un corps certain* « *sui generis* »; enfin, page 15, en

Néanmoins, il faut s'empresser d'ajouter que la notion du fonds de commerce universalité de fait n'a point, comme pourraient le faire penser les opinions si vagues des auteurs que nous citons, n'a point, disons-nous, une physionomie si décevante qu'il soit absolument impossible d'en saisir les traits essentiels.

La conception se ramène, nous l'allons voir, à des variantes principales, seules à considérer pour analyser le groupement des éléments actifs que contient le fonds de commerce. Elle s'est un peu précisée, au cours du XIXe siècle, au travers de solutions diverses, dont la plus ou moins grande incertitude tenait, nous l'avons dit plus haut, à la complexité toujours accrue des éléments composants et à l'insuffisance de la réglementation législative sur les actes

---

guise de conclusion, il termine ainsi : « Tant que l'on se trouvera en face d'une entité qui n'aura pas la personnalité morale, il faudra faire *varier la nature de l'universalité « sui generis » qu'est un fonds de commerce suivant les éléments qui le composent.* »

M. Hanus, dans sa thèse : *Le fonds de commerce comme moyen de crédit* (th. Nancy, 1920), est aussi peu précis que son devancier. Il semble d'abord identifier l'universalité juridique et l'universalité de droit; il prétend ensuite que la conception du fonds universalité de fait est tout aussi mauvaise que celle du fonds universalité de droit et que l'on peut, faisant abstraction de ces deux catégories, « imaginer une conception nouvelle mieux adaptée que les précédentes à la réalité des faits et aux exigences de la vie commerciale ». Après cette assertion, qui laisse entrevoir une solution féconde en résultats pratiques, il poursuit par des conclusions un peu décevantes : « Le fonds de commerce constitue, en réalité, un groupement, un ensemble, *une universalité intermédiaire entre l'universalité de droit et l'universalité de fait, universalité « sui generis »*, individualité distincte de tous les éléments qui la composent et qui sont destinés à s'accroître ou à se séparer, suivant les nécessités ou l'utilité de l'exploitation commerciale, sans troubler ni modifier par là même la nature du fonds de commerce qui les groupe. » (*Op. cit.*, p. 25-26.) — Dans un ordre d'idées voisin, alors que M. Mouchet (*op. cit.*) nous déclare, page 151 : « Le fonds de commerce est un *organisme « sui generis » et indépendant*, sans pour cela jouir d'une autonomie juridique telle qu'il faille y voir un patrimoine doté d'un actif et d'un passif », M. Bayart (*op cit.*, p. 58) nous dit : « Dans le fonds de commerce, *il y a un ensemble organisé, il n'y a pas d'organisme ou de vie organique.* »

juridiques dont le fonds de commerce serait susceptible de faire l'objet.

La matière de la vente et du nantissement du fonds, prévue par la loi de 1909, est un jalon précieux pour l'interprète, qui, s'aidant des textes épars de cette loi, peut mieux saisir la conception de l'universalité de fait qui est à leur base. Les solutions doctrinales et jurisprudentielles, dans un lien plus ou moins étroit avec ces dispositions législatives, achèvent de projeter au moins quelque lumière sur des idées maîtresses qu'il est assez difficile d'analyser et de rassembler.

Nous diviserons notre étude de ces questions en trois paragraphes.

§ 1. — *Tableau des théories qui voient dans le fonds de commerce une universalité de fait.*

§ 2. — *Application concrète dans la doctrine et la jurisprudence françaises des conceptions précédemment examinées avant la loi du* 17 *mars* 1909.

§ 3. — *La notion d'universalité de fait dans son application au fonds de commerce telle qu'elle se dégage des dispositions de la loi du* 17 *mars* 1909; *solutions doctrinales et jurisprudentielles actuelles dérivant plus ou moins directement de cette réglementation législative.*

§ 1. — Tableau des théories qui voient dans le fonds de commerce une universalité de fait (31).

La notion d'universalité de fait telle qu'elle ressort de cette conception du fonds de commerce se présente avec

(31) Sur ces conceptions, cons. Mouchet, *op. cit.*, p. 62 et s.; Gombeaux, *op. cit.*, p. 43 et s., et les principaux traités français de droit commercial,

une *forme générale*, une économie substantielle, qui comporte néanmoins des *nuances* et des *variantes* notables.

Sous sa forme la plus générale, elle se résume dans les propositions suivantes : les valeurs composant le fonds conservent une existence propre et des caractères particuliers; pourtant, un certain lien entre ces différentes valeurs économiques résulte de l'identité de leur destination; malgré cette union au point de vue de leur communauté d'affectation, la fusion qui s'établit entre ces éléments n'empêche point qu'une séparation ne puisse se produire et que chacun de ses éléments ne puisse être l'objet de contrats ou d'actes juridiques particuliers.

Cette théorie n'est pas unanimement adoptée sous cette forme générale, mais il est possible néanmoins de ramener les *variantes* de cette théorie à *deux groupes* essentiels se différenciant entre eux par l'autonomie juridique qu'elles accordent ou dénient respectivement à l'ensemble formé par les éléments du fonds.

Le premier groupe trouve sa forme la plus parfaite dans la prétendue notion d' « *universalité juridique* »[32]. Le fonds de commerce n'est pas constitué par la simple juxtaposition de valeurs économiques différentes, conservant toutes leur indépendance de nature et jouissant d'une condition juridique autonome. L'union de ces valeurs en un tout établit entre elles une communauté de condition permettant de régler d'une façon uniforme l'effet des contrats ou des actes juridiques ayant cet ensemble pour objet. D'où il

---

dans les éditions antérieures à 1909, de Thaller, Wahl, Lyon-Caen et Renault, pour ne citer que les plus réputés.

(32) Voir par exemple Cerban, *Etude critique sur les conditions de constitution en gage de choses incorporelles*, th. Paris, 1897, p. 233 et s., p. 230 et s.; Simon, *Le fonds de commerce*, th. Paris, 1898, p. 25 et s.

résulte, par exemple, que, si un nantissement ou gage est constitué sur un fonds de commerce, on devra considérer que l'ensemble des valeurs commerciales données en gage constitue un seul tout; et l'on n'aura pas à appliquer à chaque espèce de valeurs prise isolément les règles spéciales qui lui conviennent.

Le fonds de commerce serait donc, dans son ensemble, considéré *in globo*, un bien distinct de ses éléments, susceptible de revêtir une condition juridique unique. Le fonds de commerce, c'est, dit-on, une valeur d'ensemble, un tout possédant une vie propre, une unité substantielle, et qu'on peut traiter comme une chose unique. On dit même que c'est une chose unique. Cette valeur aurait une nature et des caractères à elle, qui ne sont pas ceux de ses éléments : au contraire, ses éléments perdent en elle leur individualité et leurs caractères.

Dans une nuance moins absolue de la notion d'universalité juridique, le fonds de commerce serait une « *universitas rerum* », avec la signification que les Romains attribuaient à cette expression. Il serait une réunion de plusieurs objets sans être lui-même un objet distinct, de même qu'une bibliothèque ou un troupeau ne sont qu'une réunion de livres et d'animaux; il rentrerait dans ce que les romanistes appellent des *universitates rerum*, réunions d'objets, qui sont confondus ensemble dans la pensée des parties et destinés à être possédés ensemble (33).

A l'opposé de ce premier groupe s'en trouve *un second*, réuni sous le nom de théories de l'universalité de fait proprement dite; certains auteurs, que l'on peut rattacher à

---

(33) C'est l'opinion de M. Wahl, *op. cit.*, p. 85, et note sous Paris, 26 févr. 1895, et autres arrêts, S., 97. 2. 89.

cette conception, soutiennent que le fonds de commerce est par définition un composé, un ensemble complexe, varié, de biens multiples et divers de toute nature. Il n'est rien autre chose que les éléments qui le composent. C'est une masse de biens, un ensemble de choses et de droits, non point une « universalité juridique ». La valeur d'ensemble du fonds de commerce est peut-être supérieure à la valeur de ses éléments séparés et dispersés; mais la valeur d'ensemble, c'est encore la valeur des éléments qui composent le fonds de commerce; seulement, c'est la valeur de ces éléments, rapprochés et groupés. Ce rapprochement, ce groupement, est un simple point de contact, une relation entre divers biens. Pour servir tous à un même usage, les biens qui composent le fonds de commerce n'en restent pas moins divers et multiples; ils conservent chacun leur nature.

Le fonds de commerce n'est pas « un tout juridique ayant son économie particulière »; il ne forme pas « une universalité soumise à un régime propre »; c'est seulement un « ensemble de fait », un « simple groupement d'objets » ou « un assemblage de valeurs ».

Remarquons que, dans la variante qui nous occupe, le fonds de commerce est envisagé comme un assemblage d'éléments infiniment variés et variables, mais on ajoute en général « qu'aucun des éléments que l'analyse peut y découvrir ne lui est essentiel et permanent, et ne se retrouve forcément dans tous les fonds de commerce. Il y a des fonds de commerce sans immeubles, des fonds de commerce sans brevets, sans dessins, sans marques ni modèles. S'il est un élément indispensable sans lequel le fonds de commerce ne serait qu'un ensemble de biens inertes et sans emploi, et qu'on est toujours certain de rencon-

trer à un moment ou à un autre dans le fonds de commerce, ce serait les marchandises, puisqu'elles sont l'objet même du commerce. Par une singulière coïncidence, c'est précisément cet élément dont on fait le plus facilement bon marché et que les dernières solutions de la doctrine tendent à exclure de la notion juridique du fonds de commerce » (34).

Certains auteurs ont pensé qu'il était un peu inexact d'avancer qu'aucun des éléments n'est essentiel et permanent. Ils ont été frappés de la différence de caractères qui sépare les valeurs réunies d'ordinaire sous le nom de fonds de commerce; ils insistent sur la facilité avec laquelle on peut, par un acte juridique, séparer le sort de certains de ces éléments de celui du fonds lui-même sans modifier la nature juridique de celui-ci.

Ils sont arrivés ainsi à considérer ces éléments comme ne rentrant pas dans la notion essentielle du fonds de commerce ou à les regarder comme étant seulement les accessoires de la plus importante de toutes ces valeurs, c'est-à-dire, le plus souvent, la clientèle ou l'achalandage (si l'on distingue ces deux notions). C'est la recherche de l'élément dominant en fait, en définitive, la prédominance absolue des ou de l'élément incorporel, considéré comme le « noyau », comme l'âme même du fonds de commerce; c'est la clientèle et les valeurs économiques gravitant autour d'elle qui constituent à elles seules le fonds de commerce; tous les autres éléments sont purement accessoires ou même laissés complètement en dehors de la notion.

Le fonds de commerce est donc, en d'autres termes, une « *valeur incorporelle* », un « *bien incorporel* ». M. Gom-

---

(34) Bayart, *op. cit.*, p. 10-11.

beaux justifie implicitement la possibilité d'encastrer en quelque sorte l'une dans l'autre les conceptions de bien incorporel et d'universalité de fait, lorsqu'il déclare : « Du caractère d'universalité reconnu au fonds de commerce, il résulte qu'il y faut voir un bien incorporel. Ce caractère implique, en effet, qu'il a une seule et même nature juridique, et, comme il évoque l'idée d'une pure création idéale, il y a là évidemment une valeur immatérielle ou incorporelle. C'est là, en effet, croyons-nous, quoiqu'on ne l'ait pas toujours explicitement reconnu, la source même de cette conception juridique. » (35).

Ces conceptions que nous venons d'examiner ne sont pas restées à l'état d'idées pures; elles sont passées dans la doctrine et la jurisprudence françaises, qui se sont efforcées d'y puiser, comme nous allons le montrer, le fondement des solutions rendues nécessaires par l'importance grandissante du fonds de commerce et des opérations dont il était de plus en plus fréquemment appelé à faire l'objet.

§ 2. — Application concrète dans la doctrine et la jurisprudence françaises des conceptions précédemment examinées avant la loi du 17 mars 1909.

Juristes et tribunaux se heurtèrent à de graves difficultés, en présence de la carence législative ou de lois insuffisantes jusqu'en 1909. De notion essentiellement simple, aisément saisissable, le fonds de commerce devenait une notion complexe, au contenu toujours plus vaste, aux éléments de plus en plus disparates, offrant les uns un caractère corporel, les autres un caractère incorporel.

---

(35) Gombeaux, *op. cit.*, p. 249.

Cette dualité d'éléments entraîna des complications, lorsque les nécessités du crédit moderne exigèrent une réglementation législative des opérations juridiques dont cette institution commerciale était susceptible de faire l'objet. Malgré des hésitations, voire même des contradictions, les interprètes donnèrent de plus en plus au fonds de commerce, sous le couvert de l'universalité de fait, une individualité largement entendue et distincte notablement des éléments composants.

Il est nécessaire de remonter quelque peu dans le passé pour comprendre cette importante évolution de la nature juridique du fonds de commerce, et le mouvement doctrinal ou jurisprudentiel, qui s'est attaché à préciser cette nature juridique qui se transformait peu à peu sous leurs yeux, en même temps que se posaient des problèmes nouveaux que n'avait point résolus, que ne pouvait soupçonner la législation positive napoléonienne.

Pendant tout notre ancien droit (36), le fonds de commerce, considéré comme un bien corporel, se matérialise dans les marchandises qui garnissent la « boutique »; les auteurs, fort indécis en la matière, le rangeaient tantôt parmi les immeubles, tantôt parmi les meubles : l'ancienne jurisprudence ne permettait guère d'éclairer les interprètes sur sa nature juridique.

Pourtant, un arrêt du Parlement de Besançon du 31 août 1641 décide que le fonds de boutique, ou plus exactement peut-être les marchandises qui le composent,

---

(36) Voir sur cette période l'exposé de M. Gombeaux, *op. cit.*, p. 161 et s., notam. p. 209 et s.; les sources se trouvent dans l'introduction historique de G. Hartmann à l'ouvrage de M. Lèbre, *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, Paris, 1887.

constituent une universalité [37], et il déclare cette universalité susceptible d'usufruit, en ce sens qu'elle peut être l'objet d'un droit de jouissance, sans que sa substance soit altérée. Mais il s'appuie surtout, pour admettre cette solution, sur le caractère immobilier qu'il reconnaît au fonds. Il voyait dans le fonds un immeuble fictif, susceptible d'usufruit, et dont l'usufruitier ne pouvait pas plus disposer que d'un immeuble réel.

Peu à peu, à partir de la Révolution, sous l'influence des nouvelles conditions économiques, se dégagèrent, à côté des éléments corporels, des valeurs incorporelles, telles que l'achalandage, le nom commercial, les brevets d'invention. Dans un arrêt du Tribunal d'appel de la Seine en date du 29 thermidor an XI, la distinction était faite entre la « propriété physique, les instruments d'exploitation et la propriété morale, achalandage et possession de la confiance publique ».

Cette analyse des éléments du fonds de commerce pouvait permettre de déterminer d'une façon plus précise sa nature juridique interne. Et pourtant on a cherché en vain dans la jurisprudence révolutionnaire une décision caractéristique sur la portée exacte de l'universalité, constituée par ces divers éléments. Un arrêt de cassation, rapporté par Merlin [38], voit encore dans le fonds de commerce un fonds de marchandises dont la nature juridique ne différait pas de celle du troupeau. Il confirmait un jugement du Tribunal civil du Doubs du 26 fructidor an VII, qui

---

(37) « Les marchandises, qui composent un fonds de commerce, forment un seul tout, et ce tout forme une universalité. » (Arrêt cité par Hartmann, *op. cit.*, p. LVII-LVIII.)

(38) Répertoire, art. Usufruit, § 4, VIII. V. aussi Sirey, 1791, an XII, 1. 823.

avait, par contre, été rejeté en appel. Ce jugement avait décidé que le fonds de commerce consistait en choses fongibles; qu'en effet les marchandises et les autres effets de commerce étaient choses périssables et consomptibles et que de pareils objets étaient susceptibles seulement d'un quasi-usufruit, et pouvaient être vendus par l'usufruitier à charge d'en restituer la valeur à la fin de la jouissance. Le tribunal semblait avoir compris, au contraire, que le fonds a une existence et une nature distinctes de celles des marchandises, et que l'on devait refuser à l'usufruitier le droit de l'aliéner.

L'arrêt de cassation montre qu'*au début du XIX*[e] *siècle* on en était encore resté, en principe, à la conception ancienne du *fonds de commerce ensemble de marchandises, n'ayant aucune individualité propre.* Malgré les incertitudes et les contradictions de la jurisprudence et de la doctrine françaises *pendant tout le cours du siècle dernier*, on peut dire que *la tendance dominante fut de voir, au contraire, dans le fonds de commerce un ensemble individualisé et compact, un tout susceptible d'avoir une condition juridique uniforme et d'être, dans un contrat, considéré comme un objet unique, bien que les éléments le constituant fussent divers par leur nature juridique.*

Cette tendance se manifesta tout d'abord précisément dans la matière de *l'usufruit.*

C'est un principe général que l'usufruitier, n'étant pas propriétaire, ne peut pas disposer des objets compris dans l'usufruit pour les aliéner. Tel est le principe. Mais son droit d'usufruit se transforme parfois en une véritable propriété (quasi-usufruit) qui lui permet d'aliéner. Ce quasi-usufruit est admis pour les objets mobiliers corporels, dont

la nature ne semble pas se prêter à un dédoublement entre l'usufruit et la nue propriété pour les choses consomptibles par le premier usage, telles que : argent monnayé, billets de banque, denrées, provisions.

Le quasi-usufruitier est, comme l'usufruitier, tenu à restitution, mais l'objet de la restitution diffère; pour lui, c'est non pas les choses mêmes reçues qu'il doit restituer, mais une même quantité de choses pareilles.

On commença par admettre que le fonds de commerce n'était l'objet que d'un quasi-usufruit (39), et qu'à la fin de sa jouissance, l'usufruitier n'était tenu de restituer que sa valeur. Cette conséquence cadrait bien avec la notion ancienne du fonds de commerce, composé uniquement de marchandises consomptibles par le premier usage, essentiellement fongibles, susceptibles de se remplacer les unes les autres.

On se rendit bientôt compte que le fonds de commerce était une valeur individualisée et complexe, comprenant des biens divers : les uns destinés à se consommer, à disparaître, comme les marchandises et les matières brutes à fabriquer; les autres pouvant se restituer dans leur individualité, ce sont : le matériel de fabrication, les brevets, la clientèle, l'achalandage, etc. Il fut admis qu'il y avait pour le fonds de commerce la possibilité *d'un usufruit véritable*, encore que l'usufruitier ait le droit de vendre les marchandises. Le fonds de commerce est un ensemble, qui subsiste toujours dans son intégrité, malgré la disparition (momentanée) de ses éléments; l'usufruitier a le droit de disposer des matières brutes et des marchan-

---

(39) Arrêt rapporté par Merlin, déjà cité.

dises, à charge seulement de les remplacer au fur et à mesure.

Les auteurs et la jurisprudence (40) ont dégagé ainsi l'individualité juridique du fonds de commerce en ce qui concerne l'usufruit, dont il peut être l'objet.

C'est l'ensemble des biens affectés au commerce qui est seul l'objet de l'usufruit; la restitution porte à l'expiration de l'usufruit sur l'ensemble juridique constituant le fonds; chaque élément du fonds conserve néanmoins sa nature propre, ses caractères particuliers. La réunion des biens forme seule l'objet du droit de jouissance, sans que les éléments qui le composent soient jamais considérés dans leur individualité pour appliquer à certains d'entre eux les règles particulières qui pourraient paraître leur convenir (41).

---

(40) Voir les références nombreuses de M. Delalande, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, th. Bordeaux, 1922, p. 7, note 1; p. 294 à 298 et les notes.

(41) L'usufruit constitué sur le fonds de commerce a été néanmoins une source de difficultés qui expliquent, remarque M. Delalande (p. 335 de son ouvrage), la tendance qu'a parfois la jurisprudence de prêter trop facilement à l'usufruitier et au nu propriétaire l'intention de transformer en quasi-usufruit le droit réel de jouissance établi sur un fonds de commerce. V. p. ex. req., 14 déc. 1842; D. R., v° *Usufruit*, n° 208, n. 2; S., 43. 1. 22: « Attendu que s'il est vrai en droit et en thèse générale : 1° qu'un fonds de commerce doit être considéré comme un corps universel (*universum jus*) qui continue de subsister dans le renouvellement successif des marchandises qui le composent; 2° que, par suite, l'usufruitier d'un pareil fonds n'est tenu à la fin de l'usufruit de restituer les objets qui le constituent que dans l'état où ils se trouvent et non détériorés par sa faute; néanmoins, attendu que, dans l'espèce de la cause, la Cour royale a déclaré, en fait, que l'usufruitière, en prenant possession du fonds de commerce d'après une valeur fixée *l'avait accepté à ses risques et périls* et avait eu la libre disposition de ses produits; — que, par suite de ces faits reconnus constants en vertu d'une appréciation souveraine, l'arrêt attaqué a pu décider, comme il l'a fait, sans donner ouverture à cassation, que l'usufruitière, dans ce cas particulier, doit être réputée propriétaire du fonds de commerce et, par conséquent, débitrice du montant de l'estimation donnée à ce même fonds au commencement de l'usufruit. »

La pratique admettait donc, en ce qui concerne l'usufruit, que le fonds de commerce pût faire l'objet d'opérations juridiques, pût être grevé d'un droit réel portant sur l'ensemble du fonds, sans qu'il soit nécessaire d'observer pour chacun des éléments, corporels et incorporels, désormais pris les uns et les autres en considération, les règles à eux propres; corrélativement, le fonds de commerce gardait son individualité malgré les modifications de ses éléments. La jurisprudence admit bien avant la loi de 1909 sur les ventes des fonds de commerce que le privilège du vendeur portait sur toutes les marchandises composant le fonds au moment de l'exercice du privilège, bien qu'elles ne fussent plus les mêmes qu'au moment de la vente, et aussi que l'action résolutoire du vendeur portait sur les nouvelles marchandises introduites dans le fonds depuis la vente (42).

Considéré comme une universalité distincte de ses éléments, le fonds de commerce fut, dès le principe, envisagé par la doctrine et la jurisprudence comme un meuble, et comme un meuble incorporel (43). D'assez nombreuses conséquences, déduites de ce double caractère, n'ont pas soulevé de discussions et ont été admises sans controverses ni restrictions (44); il est inutile d'y insister. Des difficultés très graves se sont, au contraire, élevées au sujet des rapports au sein de la notion de fonds de commerce entre

---

(42) Rouen, 18 avril 1868, S., 69. 2. 18; Riom, 2 mars 1879, D., 80. 2. 4.; Nancy, 10 nov. 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 2. 684.

(43) Voir auteurs et décisions cités par M. Gombeaux, *op. cit.*, p. 243, note 2; 246, note 2, et en général p. 242 et s.

(44) La plus importante de ces conséquences est que, si l'un des époux communs en biens est propriétaire d'un fonds de commerce, cette valeur, étant purement mobilière, tombera en communauté au jour du mariage, conformément au principe posé par l'article 1401 du Code civil.

les idées de bien incorporel et d'universalité, des divergences se produisant en doctrine et en jurisprudence sur la composition même de cette universalité et sur le rôle respectif des divers éléments qui la constituent.

Il en fut surtout ainsi à propos de la *mise en gage des fonds de commerce* (45). On comprend aisément que, malgré l'absence de législation, les commerçants aient songé à utiliser leur établissement pour en obtenir du crédit. Dans les grandes villes, et surtout à Paris, on vit souvent des détaillants (boulangers, marchands de vins) donner leur fonds en gage à leur principal fournisseur, négociant en gros.

Il existait pourtant un doute sur la possibilité de donner en gage un fonds de commerce, comprenant tous les éléments corporels et incorporels, qu'il était d'usage d'y faire rentrer.

Un certain nombre d'auteurs (46) envisageaient isolément les divers éléments, corporels et incorporels, entrant dans la composition du fonds, considéré comme une universalité de fait, en subordonnant la validité du nantissement au regard de chacun d'eux à l'observation des formalités commandées par sa nature propre.

La jurisprudence était divisée en deux camps : la Cour de cassation et les cours d'appel (47), envisageant le fonds

---

(45) Parmi les nombreuses thèses sur le nantissement du fonds de commerce dont nous avons pris connaissance, une des plus synthétiques nous paraît être celle de M. de Cornulier-Lucinière, *Le nantissement du fonds de commerce*, th. Nancy, 1910.

(46) Thaller, *Ann. dr. com.*, 1889 « Doctrine », p. 221; *Tr. élém. dr. com.*, n° 72; Magnin et Pruvost, *Du nantissement constitué sur les fonds de commerce*, n°s 24 et s.; Ruben de Couder, *Dict. de dr. com., Suppl.*, v° *Fonds de commerce*, n° 48; Wahl, note au S., 1897. 2. 91.

(47) Cass., 13 mars 1888, D., 88. 1. 351; Paris, 21 juill. 1892, D. 92. 2. 108; Lyon, 14 mars 1895, S., 97. 2. 89; Trib. civ. Seine, 15 janv. 1895, S.,

de commerce comme un tout indivisible, une universalité unitaire, avaient cherché à en préciser les caractères pour déterminer les conditions de sa mise en gage. Ces juridictions tendaient à ne pas considérer le fonds de commerce, toujours et dans tous les cas, comme un meuble incorporel, comme une universalité incorporelle. Certains tribunaux voyaient bien dans l'achalandage et ses annexes la partie capitale du fonds de commerce, et lui assignaient, dès lors, un caractère incorporel; mais la plupart s'attachaient aux caractères particuliers à chaque hypothèse, et prétendaient qu'il existe, dans chaque cas particulier, un élément principal, différent selon les hypothèses, et imposant à l'ensemble sa nature juridique (48). Si c'était l'achalandage, on utilisait les procédés de la mise en gage des meubles incorporels; si c'étaient le matériel, ou encore les marchandises, on exigeait la dépossession effective du créancier.

Le fonds de commerce était envisagé ainsi comme une universalité juridique susceptible d'être donnée en gage par un procédé unique.

---

97. 2. 89; Paris, 24 déc. 1896, D., 98. 2. 23; Paris, 7 août 1897, D., 98. 2. 437; Riom, 30 mars 1892; D., 92. 2. 220.

(48) Voir arrêt précité, Requ., 13 mars 1888, D., 88. 1. 351, arrêt dit du Splendid-Hôtel : « ...Attendu que ledit fonds de commerce (constitué par l'exploitation d'un hôtel meublé) forme une universalité juridique d'éléments divers dont les uns — le matériel et le mobilier — sont des meubles corporels et dont les autres — le titre, l'achalandage, le droit au bail — ont le caractère de meubles incorporels. » (Civ., 528-529.) — « Attendu que la partie essentielle d'un fonds de commerce de cette nature est l'enseigne, l'achalandage et le droit au bail; que ce sont principalement les éléments qui le constituent et que le mobilier proprement dit n'est qu'un instrument de son exploitation; attendu, d'ailleurs, que l'arrêt attaqué déclare que, dans l'espèce, rien ne permet d'attribuer au mobilier et au matériel une valeur supérieure à celle des autres éléments du fonds de commerce, objet du nantissement; qu'en jugeant, dans ces circonstances, que ledit fonds de commerce pris dans son ensemble était un meuble incorporel la Cour de Grenoble n'a violé aucune loi... »

Les tribunaux consulaires (49), rejoignant une partie de la doctrine, soutenaient que les éléments qui composent le fonds de commerce sont absolument distincts et indépendants les uns des autres, et que le gage ne pouvait être constitué sur chacun d'eux que suivant les règles appropriées à sa nature; ainsi, le débiteur devait se dessaisir du matériel et des marchandises, pour les remettre en la possession du créancier gagiste.

Ces incertitudes doctrinales et jurisprudentielles n'étaient pas de nature à éclairer la notion juridique du fonds de commerce.

Après la loi insuffisante de 1898, les incertitudes persistent. Néanmoins, on peut, de l'examen de la doctrine et de la jurisprudence postérieures à 1898, dégager certaines tendances générales. On se demanda quels éléments comprenaient exactement le fonds, s'il fallait comprendre les marchandises dans le nantissement du fonds de commerce (50); mais on s'accorde, en général, à voir dans le fonds de commerce, non point un tout indivisible absolument, mais une universalité variable, formée d'éléments divers, qui, sans conserver intégralement leur nature propre, forment par leur réunion une universalité, un ensem-

---

(49) Trib. com. Seine, 9 janv. 1892, *Journ. trib. com.*, 1893, n° 12.492, p. 162; Trib. com. Seine, 4 août 1894, S., 97. 2. 89; Trib. com. Lyon, 10 mai 1898, *Moniteur judiciaire*, Lyon, 26 mai 1898.

(50) Les tribunaux de commerce et les cours d'appel soutenaient que les marchandises ne devaient pas être comprises dans le nantissement. V. p. ex. Amiens, 7 juill. 1900, D. 01. 2. 97; Trib. com. Angers, 7 déc. 1900, et Chalon-sur-Saône, 17 déc. 1900, D., 01. 2. 97, et note de Ch. Robert; les cours d'appel en majorité et la doctrine soutenaient la solution contraire; Besançon, 20 mars 1901, D., 01. 2. 97; Rouen, 11 déc. 1901, et Nancy, 21 mars 1902, D., 03. 2. 169; Aix, 25 oct. 1905, D., 06. 2. 421; — Lyon-Caen et Renault, *Tr. dr. com.*, 3e et 4e éd., t. III, n° 245; Thaller, *Tr. élém. dr. com.*, n° 1092; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantissement, privilèges et hypothèques*, t. I, p. 54.

ble de biens actifs ayant une condition juridique uniforme (51).

Le fonds de commerce a une individualité qui lui permet de faire l'objet de contrats portant sur l'ensemble du

---

(51) V. la décision suivante, Cour Aix, 11 janv. 1905, D., 05. 2. 72 : « Attendu que... il s'agit aussi bien d'interpréter la disposition législative qui constitue, à elle seule, toute la loi du 1er mars 1898 que de déterminer, en fait, la véritable étendue du mot « fonds de commerce »; *attendu que, sans qu'il soit nécessaire de l'envisager comme une unité juridique proprement dite, le fonds de commerce, parce qu'il forme, au moins, une universalité de fait, comprend nécessairement toutes les choses qui, utilisées dans l'exploitation commerciale, n'en sont pas expressément ou virtuellement exclues;* qu'en l'état de la conception usuelle du mot « fonds de commerce », et quand le texte de la loi ne comporte aucune exception, on ne voit pas pourquoi on restreindrait arbitrairement la portée de l'expression dont s'est servi le législateur, auquel on prêterait ainsi la pensée de n'avoir entendu autoriser un nantissement, au moins pour certaines catégories de commerce, que sur les parties accessoires, à l'exclusion de la partie principale de l'ensemble, abstractivement considéré qu'il avait en vue, que... il faut reconnaître que les objets corporels ou incorporels entrant dans la composition d'un fonds de commerce, liés les uns aux autres par leur destination commune, *forment un tout ne pouvant pas être juridiquement qualifié d'indivisible, mais constituent un ensemble dont l'individualité, tout en restant distincte des choses que sa constitution embrasse, est susceptible, dans son intégralité, de faire l'objet d'un nantissement* opposable aux tiers, pourvu que l'inscription prescrite par l'article 2075, C. civ., complétée ait été opérée... »

Il faut ajouter que certaines décisions insistent sur un aspect particulier des éléments composant un fonds de commerce; ils peuvent changer sans que leur mutation affecte l'ensemble, l'universalité, qui en reste indépendante; cette mutabilité donne un caractère spécial au nantissement du fonds de commerce; pour ceux qui admettaient les marchandises comme pouvant être comprises dans ce nantissement, le débiteur pouvait aliéner ces marchandises, à charge de renouveler le stock suivant les usages du commerce. V. Rouen, 2 janv. 1906, D., 07. 2. 105 : « Attendu que le nantissement d'un fonds de commerce est un nantissement d'un genre particulier; qu'il ne porte pas sur des éléments individualisés, comme le seraient les marchandises existant spécialement dans le fonds au moment de la dation en nantissement, mais sur une universalité future représentant le fonds et les marchandiess qui existeront lors de la réalisation du gage donné; attendu qu'en fait cette réalisation s'exercera souvent sur des marchandises qui n'existaient pas en magasin lors de la constitution du gage, alors que les marchandises figurant à cette époque dans l'actif du débiteur auront disparu; que cette considération précise bien quelle est la nature de ce gage... »

fonds, sans qu'il soit nécessaire d'observer, pour chacun des éléments qui le composent, les règles qui lui sont propres; ces éléments, de nature dissemblable, se distinguent pourtant, dans une certaine mesure, de l'ensemble, du tout, de l'universalité de fait qu'ils constituent.

La grande loi du 17 mars 1909 n'a fait, comme nous allons le voir, que préciser et confirmer ces tendances.

§ 3. — La notion d'universalité de fait dans son application au fonds de commerce telle qu'elle se dégage des dispositions de la loi du 17 mars 1909; solutions doctrinales et jurisprudentielles actuelles dérivant plus ou moins directement de cette réglementation législative (52).

Les tendances doctrinales et jurisprudentielles antérieures à 1909, dont nous venons de faire état, continuent de se manifester sous l'empire de la loi de 1909, qui, à l'occasion de la vente et du nantissement du fonds, a contribué à les préciser, dans une large mesure, dans le sens de la notion d'universalité de fait.

C'était un principe avant la loi de 1909 que le fonds de commerce peut faire l'objet de contrats portant sur l'ensemble du fonds, sans qu'il soit nécessaire d'observer, pour chacun des éléments qui le composent, les règles qui lui sont propres; ainsi, pour le gage et la vente, le fonds de commerce a une certaine individualité; il peut être à la fois considéré en bloc et dans les éléments qui le constituent; bien qu'il soit un objet unique, dans les opérations

---

(52) Thaller, *Tr. élém. dr. com.*, 5e éd., par Percerou, 1916, nos 86-88, p. 68-69; Wahl, *Précis théor. et prat. dr. com.*, 1921, nos 219 et s., p. 85 et s.; Lacour et Bouteron, *Préc. dr. com.*, 2e éd., 1921, t. I, no 134, p. 86, et *Suppl.*, 1929, t. III; Lyon-Caen et Renault, *Man. dr. comm.*, 15e éd., par Amiaud, 1928, no 432, p. 447-448.

dont il fait l'objet, les éléments qui entrent dans sa composition conservent une certaine individualité; envisagés dans leur valeur, ces éléments peuvent changer, sans que l'universalité soit affectée par cette mutation. Ces principes ont été consacrés en matière de vente et de nantissement par la loi du 17 mars 1909.

L'article 9 exclut les marchandises du nantissement du fonds de commerce, mettant fin ainsi aux controverses qui avaient divisé sur ce point la doctrine et la jurisprudence; il considère le fonds de commerce *comme un ensemble de biens de nature différente; les uns corporels, les autres incorporels*, tout en consacrant une prédominance marquée des derniers sur les premiers.

Cet ensemble de biens, dans quelle mesure est-il unifié et distinct de ses éléments composants? Le fonds de commerce, d'après la loi de 1909, *est-il envisagé, à la fois dans son ensemble, comme un tout déterminé, un bien individualisé, et dans ses éléments isolés?* Certains auteurs ont nié la possibilité de cette distinction. Le fonds de commerce, ensemble de pur fait, n'aurait point pour eux d'existence distincte de celle des éléments qui le composent (53). D'autres, au contraire, virent dans le fonds de

---

(53) Telle paraît être l'opinion de MM. Thaller et Percerou (*op.* et *loc. cit.*); sous le titre *Le fonds, universalité juridique*, ils déclarent : « ... l'interprétation d'après laquelle le fonds de commerce serait une « universalité juridique » est regrettable. Bien au contraire, chacune des valeurs comprises dans l'exploitation conserve sa nature première... Le fonds de commerce n'est pas un tout ayant une économie propre; c'est à la clientèle seule qu'on devrait réserver cette qualification. Tous les éléments qu'on vient de voir ne sont pas homogènes. La convention des parties ne fait que réunir entre elles, pour les soumettre à une vente simultanée, des valeurs qui sont en réalité de condition différente; ces valeurs sont seulement rendues solidaires, de fait, par des considérations d'exploitation. » De leur côté, MM. Lacour et Bouteron s'expriment de la façon suivante sur la notion juridique du fonds de commerce : « C'est générale-

commerce un immeuble, par conséquent un bien parfaitement unifié; ils tirent argument eux aussi des règles contenues dans la loi de 1909 (54).

La vérité se trouve pour une troisième opinion dans *une solution intermédiaire, qui se vérifie au contact de l'examen un peu approfondi de la législation.*

La loi de 1909, dit-on, a constamment distingué le fonds considéré dans son ensemble et les éléments isolés. « Tout le chapitre, disait par exemple M. Cordelet, au sujet du chapitre premier de la loi, s'applique à la vente du fonds de commerce considéré dans l'ensemble de ses éléments... Les articles... ne sont pas applicables à la vente d'un ou plusieurs de ses éléments. »

Le texte même de la loi est significatif. S'agit-il de savoir quelles sont les ventes que l'on doit publier? C'est la « vente de fonds de commerce » (art. 3). Il résulte de l'article 8 que seul le « fonds de commerce » peut faire l'objet d'un nantissement. Il en est de même pour le droit de suite; la disposition de l'article 22, qui ne vise que le fonds de commerce considéré comme corps certain dans l'ensemble de ses éléments, ne saurait être étendue à chacun des éléments qui le composent (55).

Envisageons de façon quelque peu détaillée la réglemen-

---

ment les parties qui s'entendent pour grouper un certain nombre d'éléments divers qui sont destinés à suivre le même sort, par exemple à être transmis simultanément du vendeur à l'acheteur. On peut dire qu'il y a là une universalité de fait. » (*Op.* et *loc. cit.*).

(54) C'est ce que s'efforce de prouver M. Lavallette-Simon dans une thèse intitulée : *L'immobilisation des fonds de commerce et la loi de* 1909, Paris, 1913, en s'appuyant sur des analogies sérieuses existant entre certaines dispositions de cette loi et la réglementation des privilèges immobiliers par le Code civil.

(55) Req., 22 avril 1913, D., 13. 1. 225, note Feuilloley; S., 17. 1. 113, note Naquet.

tation du privilège du vendeur et de l'action résolutoire par le législateur de 1909.

La distinction entre le fonds de commerce considéré *in globo* et dans ses éléments, qui s'impose inéluctablement sur des bases indestructibles, a amené les rédacteurs de 1909 à donner de ces deux institutions une réglementation *absolument originale* (56).

M. Jauffret, dans l'étude citée en note, constate tout d'abord que « *l'idée d'universalité* a permis *par une inscription unique* d'assurer le privilège du vendeur sur *tous les éléments* du fonds. Il eût fallu, pour mener jusqu'au bout l'idée, décider que le fonds considéré comme bien unique, et chacune de ses parties, répondraient du paiement de tout le prix restant dû, si minime soit-il ». Il considère, en effet, que le privilège du vendeur d'immeuble, si le prix n'est dû que pour partie, n'en grève pas moins l'immeuble tout entier. C'est la règle de *l'indivisibilité* du privilège du vendeur, comme d'ailleurs de tous les privilèges spéciaux immobiliers et même de tous les privilèges spéciaux mobiliers.

Sous l'empire des besoins pratiques et des nécessités de la protection des créanciers du commerçant qui étaient à l'origine de la loi, les rédacteurs de 1909, en cherchant à dégager du privilège le plus rapidement possible les éléments corporels, ont été amenés à briser l'unité qu'ils venaient d'établir et à renoncer au principe d'indivisibilité, principe capital en matière immobilière.

Cette renonciation se manifeste dans l'article 1er de la loi de 1909 : cette disposition exige que dans l'acte de

---

(56) V. sur ce point le remarquable article de M. Jauffret, *Des garanties du vendeur impayé d'un fonds de commerce* (*Rev. crit.*, 1929, p. 151-228, surt. p. 166-175).

vente et dans l'inscription des prix distincts soient établis pour les éléments incorporels, le matériel et les marchandises. Une jurisprudence récente (57) fait même de cette obligation de fixer des prix distincts dans l'inscription une condition d'existence du privilège.

Cette division, opérée dans l'inscription, a pour conséquence que le privilège, qui garantit chacun de ces prix ou ce qui reste dû, s'exerce distinctement sur les prix respectifs de la revente afférents aux marchandises, au matériel et aux éléments incorporels du fonds (57 *bis*).

Certains auteurs ont voulu expliquer le système ainsi créé, en disant que le législateur de 1909 *a créé non pas un, mais trois privilèges distincts. Nous pensons, avec M. Jauffret, que c'est là vouloir en vain faire un retour au principe d'indivisibilité en matière immobilière. Les situations sont différentes.*

Dans le cas de vente de plusieurs immeubles, il y a véritablement plusieurs ventes distinctes, parce qu'il y a plusieurs biens distincts. *Au cas de vente de fonds de commerce, il n'y a qu'une vente, parce qu'il n'y a qu'un seul bien :* le fonds. La preuve en est qu'au cas de vente d'un compartiment isolé, matériel ou marchandises, aucun privilège ne naît; il n'y a donc pas trois privilèges distincts, mais un seul privilège soumis à un régime exceptionnel de divisibilité.

Néanmoins, M. Jauffret montre dans une des parties, la plus personnelle peut-être, de son étude « *qu'il serait excessif de dire que la loi de* 1909 *a renoncé au principe d'universalité.* Ce principe va réapparaître dans l'exercice du

---

(57) Paris, 2 nov. 1923, D. H., 1924, p. 13; *Gaz. Pal.*, 1924. 2. 247.
(57 *bis*) Jauffret, *op.* et *loc. cit.*, p. 166.

droit de préférence, mais au lieu de jouer sur le fonds tout entier, il va jouer à l'intérieur de chacun des compartiments créés par la loi... Sans doute, la loi n'a pas voulu adopter la théorie de l'universalité juridique. Cependant le privilège s'exerce dans chaque compartiment un peu comme un privilège général porte sur un patrimoine » (58).

A l'intérieur de chacun des compartiments, en effet : éléments incorporels, matériel, marchandises, l'idée d'universalité entraîne aux yeux de M. Jauffret cette conséquence importante que le privilège s'exerce quelle que soit la composition actuelle des éléments, alors par exemple que la clientèle s'est modifiée, que le bail a été prorogé, que le matériel ou les marchandises ont été renouvelés (59).

M. Jauffret, rejetant l'idée de subrogation réelle, comme explication de ce résultat, déclare « qu'ici le privilège ne porte pas sur tel objet faisant partie d'un élément, mais bien sur tel élément. Il porte sur le « matériel », les « marchandises », c'est l'idée de fongibilité qui doit suffire à expliquer le mécanisme du privilège ».

---

(58) Jauffret, *loc. cit.*, p. 170.

(59) Il remarque qu'on explique généralement ce résultat par le jeu de la subrogation, mais l'idée ne lui en paraît peut-être pas très sûre; il est tenté de rejeter même franchement cette idée de subrogation réelle en notre hypothèse. Comme M. Bonnecase (*Suppl.*, t. III, nos 366 et s.), il pense que, « pour qu'il y ait subrogation réelle, il faut qu'un droit portant sur un bien précis et individualisé soit reporté sur un autre bien également individualisé » (*loc. cit.* p. 170). Il est donc partisan de la subrogation réelle spéciale.

Une question analogue s'est posée pour des marchandises warrantées qui, dans l'intention des parties, pouvaient être vendues et remplacées par d'autres. La Cour de cassation a admis que le gage portait sur les nouvelles marchandises. On a également expliqué la solution en faisant appel à la subrogation réelle. V. Capitant, *Essai sur la subrogation* réelle (Rev. trim., 1919, p. 385 et s.; p. 414, note 2). — Cpr. Charlotte Béquignon, *La répression pénale du détournement d'objets compris dans un nantissement de fonds de commerce* (*Rev. crit.*, 1927, p. 325-340), qui, après avoir fait état de la notion de « fongibilité », comme le déclare Jauffret au texte, fait appel en définitive plutôt à la subrogation réelle (*op. cit.*, p. 336).

Quoi qu'il en soit, cette réglementation nous montre que les éléments d'un fonds de commerce sont plutôt déterminés dans leur valeur que considérés dans leur individualité matérielle.

Passons, après le privilège, à l'action résolutoire réglementée par la loi de 1909.

« *L'idée d'universalité*, dit encore M. Jauffret (60), conduit à admettre que le fonds subsistant malgré les modifications survenues dans la composition de ses éléments, l'action porte sur le fonds tel qu'il se comporte lors de l'exercice de l'action en résolution »; mais notre auteur se hâte d'ajouter : « *Mais ici encore le principe d'universalité ne joue pas pleinement*, et il y a lieu de procéder encore à une compartimentation du fonds. De sorte que pour chaque compartiment se fera un compte séparé de ce que doit le vendeur d'après la valeur que détermine l'expertise et de ce qui lui est encore dû par privilège. »

Ce principe de la division du fonds en notre matière est gêné dans son application par une idée qui est intervenue ici pour limiter les effets de cette division, à savoir le désir d'assurer la cohésion entre les éléments du fonds, car une division des éléments entraîne une dépréciation assez grave. Aussi l'article 2, § 2, exige-t-il du vendeur la reprise de tous les éléments du fonds, qui ont fait partie de la vente, même ceux pour lesquels son privilège et l'action résolutoire sont éteints, ce qui constitue, au reste, une disposition tout à fait originale.

Le fonds de commerce a donc une certaine individualité, qui en fait un bien distinct de ses éléments; mais ces derniers conservent les caractères à eux propres, ils peuvent faire l'objet de formalités particulières.

---

(60) *Op. et loc. cit.*, p. 172, adde p. 173-175.

Ainsi une cession de fonds de commerce comprend éventuellement des éléments incorporels ou des éléments corporels; la délivrance de ces éléments s'opère de façon différente, selon la nature des éléments compris dans la cession; l'acheteur devient propriétaire du fonds par le seul effet du contrat (art. 1138); mais il y a lieu d'appliquer des règles spéciales à chacun des éléments qui composent le fonds, pour les marchandises, tradition manuelle, pour les brevets d'invention, remise du titre à l'acheteur, etc.

Quelle a été l'attitude de la *doctrine* en présence de cette réglementation détaillée du nantissement et de la vente des fonds de commerce?

Répudiant la conception de l'universalité de droit, elle a continué après comme avant la loi de 1909 à adopter la *thèse de l'universalité de fait;* les variantes étudiées plus haut de cette thèse se partagent les faveurs de la doctrine.

Mais il faut observer que même les auteurs, qui voient dans le fonds de commerce un simple assemblage de valeurs, établissent par ailleurs une hiérarchie entre les divers éléments au point de vue de leur importance, donnent la prépondérance aux éléments incorporels, clientèle et achalandage, et font du fonds de commerce un bien incorporel.

Ils lient étroitement les deux idées de bien incorporel et d'universalité de fait; insistant ainsi sur l'individualité accentuée que revêt l'ensemble constitué par les divers éléments du fonds (61). Ajoutons, au point de vue de la

---

(61) V. p. ex. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 432, p. 447-448 : « On considère généralement le fonds de commerce comme un meuble incorporel. Sans doute, il comprend souvent, outre des choses incorporelles, comme le droit au bail et le droit à la clientèle, des choses corporelles, comme le matériel et les marchandises. Mais *en raison du lien existant entre les différents éléments dont il se compose, le fonds de commerce forme une sorte d'universalité de fait* (Cass. civ., 26 janv. 1914, S., 20.1.27).

technique, de la terminologie juridique, que la doctrine emploie de plus en plus l'expression d'universalité de fait (62).

Si nous passons de la doctrine à la *jurisprudence*, nous constatons des tendances moins nettes, des solutions plus indécises, tendances et solutions qu'il est possible néanmoins de grouper et de synthétiser.

La jurisprudence considère, en principe, le fonds de commerce comme un *bien incorporel*, mais donne en pratique, au travers des cas d'espèces, des solutions dictées par une sorte d' « impressionnisme » juridique, *tout en se ralliant en général, à l'instar de la doctrine, à la théorie de l'universalité de fait*. C'est ce mouvement jurisprudentiel dont nous voudrions maintenant donner un aperçu.

La question de savoir si le fonds de commerce est toujours un meuble, un bien incorporel, se posa à la jurisprudence dans une hypothèse dont l'intérêt pratique est considérable. Nous voulons parler du problème de la compétence des notaires ou des commissaires-priseurs pour leur vente publique. La détermination de la compétence respective des notaires et des commissaires-priseurs en matière

---

Cette universalité semble devoir prendre le caractère du principal de ses éléments. Celui-ci est le droit à la clientèle ou à l'achalandage, auquel tous les autres objets se rattachent comme des accessoires ou des dépendances. » — Adde note de M. le Professeur Crémieu, sous Besançon, 1er févr. 1926, D., 26. 2. 113 (§ III) : « L'opinion qui tend de nos jours à prévaloir est que le fonds de commerce n'est pas la simple réunion d'éléments corporels et incorporels conservant leur individualité. Il est la résultante de la réunion de ces éléments dans une masse qui constitue un corps juridique nouveau. Le fonds de commerce est une *universalité juridique*, et cette universalité constitue dans son ensemble un meuble corporel. »

(62) Outre les auteurs déjà cités, A. Chéron, *Rev. crit.*, 1925 (Ex. doctr. jur. com., p. 448 à 451, notam. p. 448) : « Le fonds de commerce est une *universalité de fait* comprenant des meubles corporels et des droits mobiliers de nature très diverse ». E. Demontès, *Rev. crit.*, 1928 (*La propriété commerciale*, p. 368); P. Voirin, *Rev. trim.*, 1931, p. 292.

de vente publique de fonds de commerce n'est, en effet, qu'un aspect d'une question plus large, qui est celle de la nature juridique du fonds de commerce.

Ces deux problèmes sont intimement liés; la solution de l'un doit déterminer celle de l'autre. Les tribunaux sont arrivés à des solutions quelque peu imprécises, faute d'avoir su rapprocher constamment ces deux questions; dans un but d'utilité pratique, ils ont évidemment cherché à concilier, dans ce conflit de compétence, des intérêts qui leur ont paru également respectables.

Pour déterminer la compétence respective des notaires et des commissaires-priseurs, il faut, déclare la jurisprudence, dans la quasi-unanimité des arrêts, appliquer le principe d'après lequel l'accessoire suit le sort du principal. Il faut rechercher quels sont, dans le fonds de commerce qui doit être vendu, les éléments prépondérants. Si les éléments incorporels (droit au bail, clientèle, nom commercial) sont les plus importants, les notaires ont seuls qualité pour procéder à la vente publique. Si les éléments corporels (matériel d'exploitation et marchandises) dominent, les commissaires-priseurs doivent seuls être chargés de la vente.

Cette jurisprudence a été inspirée par le désir de répondre à la satisfaction d'intérêts pratiques; mais elle est susceptible d'engendrer de nombreux procès, étant donné que les tribunaux se reconnaissent évidemment pouvoir entier d'appréciation pour la détermination des éléments prépondérants.

En ce qui concerne notre problème, la jurisprudence n'a donc pas considéré le fonds de commerce comme un ensemble juridique, un tout uniforme, susceptible d'être envisagé en bloc, et aussi composé d'éléments divers et disparates, conservant leur individualité, mais comme un

ensemble de fait sans aucune existence propre (63). Cette position a été critiquée par certains auteurs, qui ont fait remarquer que l'adoption d'un point de départ en quelque sorte opposé à celui qui guide la jurisprudence permettrait d'arriver en la matière à des solutions bien plus satisfaisantes (64). Nous pénétrerons plus avant dans la notion

---

(63) V. sommaire arrêt Cour d'Alger, 7 mars 1906, D., 10. 5. 55 : « Un fonds de commerce se compose essentiellement du droit à l'occupation du local qui lui est affecté, du droit au bail, de l'enseigne qui le désigne, de la clientèle qui s'y trouve attachée, quelquefois d'une marque ou d'un brevet qui lui sont propres, des marchandises qui l'alimentent et du matériel d'exploitation qui lui est nécessaire. Et la réunion de ces divers éléments forme un ensemble de fait, non une universalité juridique, ayant une existence et un patrimoine indépendant. Par cela même que le fonds de commerce n'est qu'une universalité de fait, son caractère juridique et nécessairement complexe ne peut être déterminé a priori et doit dépendre de la prédominance de l'un ou de l'autre des éléments qui le composent. La loi du 1er mars 1898 n'a pas donné à tout fonds de commerce un caractère général d'universalité juridique en réunissant ses divers éléments en un tout, toujours incorporel, ayant une personnalité morale. En conséquence, pour déterminer la classe d'officiers publics à laquelle appartient le droit de procéder à la vente d'un fonds de commerce, il faut rechercher quel est l'élément dominant de celui-ci pour lui donner, suivant les cas, le caractère corporel ou incorporel. »

(64) Pour le problème qui nous occupe, on devrait, dit-on, distinguer deux cas : Si le fonds de commerce est vendu en « bloc », les notaires doivent être seuls compétents pour l'ensemble; si, au contraire, la vente publique ne porte pas sur l'universalité, si les éléments composant le fonds de commerce sont vendus séparément, il convient de consacrer la solution suivante : concurrence de la compétence des commissaires priseurs et des notaires, les premiers pour la vente des éléments corporels, les autres pour la vente des éléments incorporels. Cette solution paraît doublement satisfaisante, car elle était déjà pratiquée sous notre ancien droit et surtout elle est appliquée partiellement dans certaines villes par ententes entre les intéressés : Nous tirons ces renseignements d'une note intéressante de M. le Professeur Crémieu, sous Besançon, 1er février 1926, D., 26. 2. 113 (adde Cour Limoges, 8 avril 1924, D., 28. 2. 119, et la note de M. H. Lalou). A la fin de notre ancien droit, note M. Crémieu, une division s'opérait pour les ventes publiques des fonds de commerce; les éléments incorporels étaient vendus par les notaires, les éléments corporels par les huissiers ou jurés-priseurs (V. arrêt du règlement du Parlement de Paris, 17 juin 1777; Déclaration du droit du 18 juin 1758; Chanard, *L'étendue du monopole des commissaires-priseurs*, 1925, p. 158). Et le savant annotateur ajoute que, de nos jours, les notaires et les commissaires-priseurs

jurisprudentielle du fonds de commerce en étudiant les *conditions d'application de la loi de* 1909 d'après les tribunaux.

Il est possible d'énumérer toute une liste d'éléments corporels et incorporels du fonds de commerce. Mais un fonds de commerce ne se compose pas obligatoirement de tous ces éléments; par exemple, le commerçant dont le magasin se trouve vide de marchandises n'en a pas moins un fonds de commerce.

Une question se pose : quels sont, parmi ces éléments, ceux qui sont essentiels, ceux sans lesquels il n'y a pas de fonds de commerce ? Cette question met en jeu, nous le marquons en note, de grands intérêts pratiques (65).

---

ont, dans certaines villes, cherché à s'entendre, afin d'atténuer le conflit et éviter les procès. C'est ainsi, notamment, qu'à Marseille, un accord est intervenu le 7 juillet 1925 entre la Compagnie des notaires et celle des commissaires-priseurs; il est entré en vigueur le 10 novembre 1925. Aux termes de cet arrangement, les présidents des tribunaux civils et de commerce ont accepté de commettre désormais un notaire et un commissaire-priseur pour toutes les ventes de fonds de commerce ordonnées par justice. Les cahiers des charges sont établis en double minute, l'une par le commissaire-priseur, l'autre par le notaire. Les ventes ont lieu dans le local ordinaire des adjudications à la Chambre des notaires, par-devant le notaire et le commissaire-priseur spécialement désignés. L'adjudication est prononcée par l'un ou l'autre, selon la prédominance des éléments corporels ou incorporels. Les deux sortes d'officiers publics se partagent les honoraires, et le conflit est... supprimé.

(65) Ainsi, lorsque, dans un contrat, les parties procèdent à la vente ou à la location de certains de ces éléments, dans quels cas le contrat s'analyse-t-il en une vente ou une location de fonds de commerce? Quels éléments doivent être vendus ou livrés pour qu'il y ait vente ou location de fonds de commerce? Ou bien, encore, quels éléments doivent être mis en gage pour qu'il y ait nantissement du fonds de commerce? Evidemment, à la solution de ces questions sont attachés d'importants intérêts pratiques. — Si l'on voit dans un contrat de vente une vente de fonds de commerce, toutes les dispositions de la loi du 17 mars 1909 protectrices des créanciers du vendeur du fonds vont recevoir leur application. La loi de 1909 organise toute une publicité des ventes de fonds de commerce; cette publicité permet aux créanciers du vendeur de se faire connaître, de faire opposition au paiement du prix et même de former une surenchère

En se plaçant, en particulier, au point de vue du nantissement, l'on constate que l'article 9 de la loi du 17 mars 1909 exclut du nantissement les marchandises sur lesquelles aucune sûreté réelle ne peut être constituée sans dépossession du propriétaire. Il permet au contraire de comprendre dans le nantissement tous les autres éléments du fonds. Il décide enfin qu'un nantissement, ne désignant pas expressément les biens sur lesquels il porte, comprend seulement l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, l'achalandage et la clientèle.

Mais une question intéressante est celle de savoir si l'on peut, à l'inverse, exclure du nantissement, par une clause expresse, ces éléments du fonds de commerce et lui donner pour assiette unique d'autres éléments, tels qu'outillage

---

du sixième sur le prix fixé au contrat. D'autre part, la loi de 1909 donne aux créanciers inscrits sur le fonds un privilège qui est une véritable hypothèque, semble-t-il, dont l'acquéreur ne peut se débarrasser que par la purge, et, si les créanciers inscrits trouvent insuffisant le prix offert par l'acquéreur qui veut purger, ils peuvent former une surenchère du dixième. Il est évident que le droit des créanciers chirographaires de former opposition au paiement du prix et surenchère du sixième et le droit des créanciers inscrits de faire surenchère du dixième n'existent qu'au cas où le fonds est vendu. Il est également évident que le privilège des créanciers inscrits, véritable hypothèque qui suit le fonds en quelques mains qu'il passe, ne peut s'exercer contre un acquéreur que si cet acheteur a bien acheté le fonds de commerce, que si le contrat de vente est bien un contrat de vente du fonds; et, pour admettre un créancier inscrit sur le fonds, par exemple un précédent vendeur, à exercer son privilège contre un acquéreur, il a été décidé que cet acquéreur avait acheté le fonds de commerce, que le contrat de vente qu'il avait conclu était une vente de fonds de commerce, et non pas seulement une cession de droit au bail. — Quant au contrat de location, il est, pour d'autres raisons, intéressant de savoir s'il porte sur le fonds de commerce lui-même ou seulement sur certains de ses éléments; par exemple, si le propriétaire du fonds n'a donné en location que des éléments du fonds tels que l'immeuble dans lequel il exerçait son commerce, il pourra, sans attendre que ce bail soit arrivé à expiration, céder ou louer à un tiers son fonds de commerce, et, de son côté, le locataire de l'immeuble qui n'a pas loué le fonds pourra créer et exploiter dans cet immeuble un fonds de commerce distinct, qui sera sa propriété.

et brevets nommément désignés tant dans l'acte constitutif que dans l'inscription.

La loi ayant gardé le silence sur ce dernier problème comme sur les questions énoncées en note, la jurisprudence a été appelée à donner son avis sur ces questions et les solutions fournies par elle présentent quelques flottements.

Néanmoins, un examen sérieux de la jurisprudence semble démontrer la tendance à consacrer dans l'ensemble des éléments du fonds de commerce deux groupes, déjà indiqués d'ailleurs par la loi (art. 9 de la loi du 17 mars 1909); d'une part l'achalandage, le droit au bail, l'enseigne et le nom commercial, d'autre part les éléments corporels et les autres éléments incorporels, la loi du 17 mars 1909 ne pouvant être appliquée lorsque les premiers de ces éléments ne font pas l'objet de l'opération, et cette même loi devenant applicable lorsqu'un de ces mêmes éléments est en cause. Les premiers éléments forment, aux yeux des tribunaux et de la Cour de cassation, des éléments essentiels, le second groupe des éléments accessoires.

Les tribunaux, cherchant le critère qui permet de savoir si un contrat de vente ou de location porte ou non sur un fonds de commerce, ont décidé en général, mise à part une certaine dissidence, que, parmi les éléments du fonds de commerce, celui qui est tellement essentiel qu'en son absence il n'y a pas de fonds de commerce, que s'il n'est pas vendu ou loué il n'y a pas de vente ou de location du fonds de commerce, c'est la clientèle ou achalandage. Cet élément essentiel se trouve parfaitement dégagé par la Cour de Riom et par le Tribunal de Saint-Etienne (66).

---

(66) Cour de Riom, 27 juin 1928, et Trib. com. Saint-Etienne, D., 29. 2. 33, avec note de M. L. Mazeaud.

La Cour de Riom, dans l'arrêt précité, s'exprime ainsi : « Considérant,

Malgré les flottements que paraît comporter la jurisprudence en ce qui concerne la notion juridique du fonds de

---

dit la Cour de Riom, que tous ces éléments peuvent se trouver réunis, mais qu'au contraire quelques-uns peuvent manquer, sans que pour cela le fonds cesse d'exister; que le seul d'entre eux qui paraisse essentiel est celui que l'on appelle, suivant l'angle sous lequel on l'envisage, la clientèle ou l'achalandage, parce que, sans lui, il n'y a pas un fonds, mais seulement des éléments isolés n'ayant entre eux aucun lien. » L'élément droit au bail donne lieu à de plus graves controverses, à de plus grandes difficultés que la clientèle. La Cour de cassation, si le vendeur cède le bail, mais déclare se réserver le fonds, l'enseigne, la clientèle, a déclaré qu'il n'y avait pas vente du fonds de commerce. (Req., 22 oct. 1923, *Gaz. Pal.*, 1923. 2. 699; rapp. Trib. com. Saint-Etienne, 4 sept. 1928, *Gaz. Pal.*, 1928. 2. 889), ou, si le commerçant cède le droit au bail, mais garde le surplus des éléments du fonds, il n'y a pas vente du fonds (Trib. Seine 26 nov. 1913, Journ. *La loi*, 8 janv. 1914).

Mais, par contre, la Cour de Paris a jugé que, si un commerçant, moyennant une somme payée par un tiers, résiliait son bail et laissait disparaître la clientèle, il y avait là une véritable cession de fonds de commerce en faveur de tiers (6e Ch., 12 juin 1928, S., 29. 2. 44; D., 29. 2. 33; *Gaz. Pal.*, 28. 2. 889; *Gaz. trib.*, 26 déc. 1928). Un autre arrêt de la Cour de Paris (2e Ch., 10 nov. 1928, *Gaz. trib.*, 26 déc. 1928; *Sem. jur.*, 1929, p. 123) a déclaré que « la loi du 17 mars 1909 s'applique aussi bien à la vente séparée d'un ou plusieurs éléments du fonds de commerce qu'à l'ensemble des éléments constitutifs du fonds; s'il n'en était pas ainsi, la protection des créanciers du commerçant contre le dommage que peut leur causer l'aliénation du fonds de commerce par leur débiteur pourrait n'être qu'illusoire », et il a appliqué ce principe à la cession du bail, « élément essentiel du fonds de commerce ». Cette jurisprudence peut se concilier avec celle de la Cour suprême; le juge apprécie dans chaque cas s'il y a un élément essentiel du fonds. Ajoutons, pour compléter cet aperçu des solutions jurisprudentielles relatives à l'élément droit au bail, que le Tribunal de commerce de Marseille a rendu le 13 juin 1929 un arrêt rapporté (*Gaz. Pal.*, 1929. 2. 643) qui intéresse tous les commerces ambulants. Il a décidé, en effet, que, pour n'avoir pas de local désigné qui fût le siège de son entreprise, un commerçant qui a un matériel et une clientèle certaine a un fonds qu'il peut donner en nantissement. Ce jugement, remarque le commentateur de ces décisions dans la *Revue trimestrielle*, 1929, p. 1107), ne contredit pas la jurisprudence antérieure, qui refuse de voir une vente de fonds de commerce si on aliène seulement les éléments accessoires, et s'accorde spécialement avec les arrêts qui voient une vente de fonds de commerce si on cède partie des éléments du fonds (*Rev. trim.*, 1929, p. 138 et arrêts cités). Ici, où un bail faisait défaut, il était naturel de dire que le surplus constituait cependant un fonds; cette solution ne manque pas, comme nous le disons plus haut, d'intéresser tous les commerces ambulants. Il faut faire une observation importante

commerce et les applications dont il peut faire l'objet, il est incontestable que certaines décisions ont dégagé d'une façon plus précise cette nature juridique.

D'une façon générale, la jurisprudence s'oriente de plus en plus vers la prise en considération prééminente des éléments incorporels du fonds de commerce par rapport à ses éléments corporels. La nature des éléments prépondérants à ses yeux dicte la nature de l'ensemble qui peut être considéré comme un bien incorporel.

Par ailleurs, les deux idées de bien incorporel d'une part et d'universalité juridique ou d'universalité de fait se retrouvent indifféremment dans les attendus des décisions judiciaires; dans de nombreux arrêts ou jugements, la jurisprudence use du terme « universalité juridique » (67).

---

sur cette jurisprudence. Il est bien entendu que, si, d'après elle, la loi du 17 mars 1909 peut, dans certaines circonstances, être appliquée à la cession d'un bail, c'est à la condition que ce bail soit tout au moins un élément du fonds de commerce (Cour Paris, 14 avril 1930, D. H., 1930, p. 385). Il n'en est pas ainsi quand les lieux loués, compris dans un immeuble en construction, n'avaient jamais été antérieurement occupés par un fonds quelconque, pas plus qu'ils n'étaient destinés à recevoir un fonds installé ailleurs (Cpr. *Rép. prat.*, v° *Fonds de commerce*, n° 53; G. Cendrier, *Le fonds de commerce*, 5e éd., par R. Martin et R. Maus, n^{os} 489 et s.). Au moment où l'empirisme jurisprudentiel semble désintégrer la notion du fonds de commerce au point de prendre seulement en considération un élément isolé déterminé, il est ramené à la véritable conception, qui permet l'existence individualisée d'éléments divers, quelques-uns prépondérants, unifiés sous l'expression synthétique d'un bien global, susceptible de faire l'objet d'opérations juridiques diverses; nous renvoyons pour cette démonstration aux développements consignés au texte ci-dessus ou dans les pages qui suivent.

(67) V. p. ex. Civ., 26 janv. 1914 (motifs), S. 20. 1. 27, note et renvois : « Vu l'article 2279, C. civ. : Attendu que la règle de cet article, portant qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, ne s'applique qu'aux meubles corporels, susceptibles d'une tradition manuelle, et ne s'étend pas aux meubles incorporels et, par suite, *aux fonds de commerce; que ceux-ci, comprenant non seulement des objets matériels et les marchandises qui les garnissent, mais encore et surtout la clientèle et l'achalandage, l'enseigne et le droit au bail des immeubles où ils sont installés*

C'est à propos de la question signalée plus haut de savoir si l'on peut, par une clause expresse, exclure du nantissement les éléments qui, d'après l'article 9 de la loi de 1909, y sont compris en l'absence d'une désignation et faire porter ledit nantissement sur d'autres éléments, tels qu'outillage et brevets, nommément désignés tant dans l'acte constitutif que dans l'inscription, c'est à propos de cette question, disons-nous, que les tribunaux ont été amenés à préciser la nature juridique du fonds de commerce, sous le couvert, au surplus, de l'expression technique d'universalité de fait, que l'on retrouve, comme nous allons le voir, dans un arrêt récent.

La loi ayant gardé le silence sur la question, la Cour de Bourges, par un arrêt du 24 février 1914 (68), en concluait qu'un nantissement sur fonds de commerce pouvait, en vertu du principe de la liberté des conventions, être expressément limité au matériel d'exploitation. Mais la Cour de cassation, Chambre civile, cassant cet arrêt le 17 juin 1918 (69), a, au contraire, posé en règle que tout nantissement de fonds de commerce doit nécessairement comprendre, à peine de nullité, les éléments essentiels du fonds, c'est-à-dire ceux qu'il est, aux termes de la loi, inutile de dénommer spécialement dans l'acte constitutif et dans l'inscription.

La distinction ainsi posée par la Chambre civile entre les éléments essentiels et les éléments accessoires du fonds de commerce a été faite aussi par la Chambre des requêtes

---

constituent des universalités juridiques qui ne comportent pas de tradition manuelle. »

(68-69) D., 15. 2. 83, et, sur pourvoi, Civ., 17 juin 1918, *Gaz. Pal.*, 18-19. 1. 387, et D., 22. 1. 128.

dans une espèce où il s'agissait non plus de nantissement, mais de vente (70).

Enfin, la Cour de Paris, dans l'arrêt récent auquel nous faisions ci-dessus allusion, en date du 19 mars 1923 (71), a fait application des mêmes idées et assigné *au fonds de commerce la qualification technique d'universalité de fait*, dont elle s'est efforcée de déterminer les caractères de façon tout à fait synthétique.

Elle s'exprime dans les termes suivants : « *Considérant que si le législateur s'est abstenu volontairement de donner une définition générale du fonds de commerce, en raison de la complexité et de la variété de ses éléments, le texte de la loi du 17 mars 1909 et ses travaux préparatoires permettent cependant d'en dégager la notion juridique; qu'un fonds de commerce constitue une universalité de fait, c'est-à-dire une réunion d'objets ayant une individualité distincte et concourant à une exploitation unique; que ces objets se distinguent en éléments incorporels : enseigne ou nom commercial, clientèle ou achalandage, droit au bail, et en éléments corporels : mobilier, matériel, outillage ser-*

---

(70) Req. (sur pourvoi Paris, 29 janv. 1921, D., 22. 2. 103), 22 oct. 1923, *Gaz. Pal.*, 23. 2. 499, D., 24. 1. 77.

(71) S., 1925. 2. 93, avec note de M. H. Rousseau. — La Cour de Paris décide qu'un buffet de gare n'est pas un fonds de commerce soumis à l'application de la loi de 1909; l'analyse des conditions dans lesquelles sont exploités les buffets, buvettes et hôtels organisés dans les gares par une Compagnie de chemin de fer ne permettent pas de reconnaître dans ces exploitations l'existence de l'un ou de plusieurs des éléments essentiels du fonds de commerce. L'arrêt était intéressant pour nous, parce qu'il décidait en outre *que la loi du 17 mars 1909 n'est pas applicable non plus à des ventes de meubles, matériel et approvisionnements dépendant de ces exploitations, tous objets qui, s'ils peuvent constituer des éléments d'un fonds de commerce, ne représentent pas par eux-mêmes, et à eux seuls, « cette universalité de fait » qui est essentielle*, et la Cour de Paris en tirait la conclusion que le droit de surenchère du sixième n'existe pas au profit des créanciers chirographaires du vendeur sur de telles opérations.

vant à l'exploitation du fonds; qu'à défaut de toute désignation précise dans les conventions les éléments essentiels ne comprennent que les premiers. »

Le concept d'universalité de fait ainsi dégagé par la décision de la Cour de Paris dans son application au fonds de commerce traduit ce dernier comme un tout, une valeur globale, qui comprend dans son sein et dans sa composition des éléments divers (72), les uns corporels, les autres incorporels, et est susceptible de faire l'objet, malgré le caractère dualiste et complexe de ces éléments, de certai-

---

(72) Cette diversité d'éléments n'est pas envisagée en Angleterre. On ne trouve pas, dans le droit anglais, dont les principes et les institutions offrent toujours une originalité si marquée, et auquel les constructions théoriques n'ont jamais été familières, une notion de fonds de commerce nettement dégagée, mais des solutions particulières présentant d'ailleurs un certain intérêt. Il est un élément qui prend dans ce droit une importance capitale au point d'absorber ou d'éliminer peu à peu tous les autres et de constituer presque à lui seul le fonds de commerce tout entier; cet élément, c'est le *goodwill*, *goodwill of the business*, dont la notion correspond à celle de l'achalandage. Le *goodwill* (V. Jenks, *Digeste de droit civil anglais*, 2e éd., 1923, art. 1676 à 1680, v° *achalandage* [achalandage = *goodwill*]) est ce que les Anglais appellent une « *chose in action* ». Ils divisent en effet les biens mobiliers en « *choses in possession* », ou toutes choses pouvant faire l'objet d'une possession corporelle, ou dont une personne peut acquérir la possession, en bref, les meubles corporels, et en « *choses in action* », sous la dénomination desquelles on range aujourd'hui tous les meubles non corporels, que l'intéressé en jouisse sans contestation ou qu'il doive faire reconnaître ses droits en justice (Jenks, *op. cit.*, art. 1617; Curti, *Man. dr. civ. et com. anglais*, Paris, 1928, t. I, p. 115-116, et t. II, p. 29, 297, 312, et auteurs anglais cités par lui). La théorie du fonds de commerce est uniquement fondée sur les éléments incorporels du fonds de commerce. Sans doute, tout fonds suppose, aussi bien en droit anglais qu'ailleurs, un stock de marchandises servant de base aux opérations commerciales, mais on ne semble pas réunir cet élément aux autres pour en faire un seul bloc; *en un mot, on ne voit pas dans le fonds de commerce une universalité; le droit anglais ne lui reconnaît pas ce caractère; il fait au contraire une condition juridique absolument autonome à l'achalandage, au local et aux marchandises.* Des contrats spéciaux peuvent dès lors porter sur le goodwill seul ou sur le stock de marchandises seul (E. Lehr, *Elém. dr. civ. anglais*, Paris, 1885, n° 652, p. 458; n° 654, p. 458; Gombeaux, *op. cit.*, p. 290 et s., et références). En France, malgré la pluralité des éléments, il y a possibilité

nes opérations juridiques, telles, par exemple, la vente ou le nantissement (73).

Ces résultats, reconnus pour ces derniers actes par la loi, le sont aussi par la doctrine ou la jurisprudence pour *l'usufruit* ou le *bail*.

---

d'actes juridiques portant sur le tout, avec prépondérance des éléments incorporels. C'est la solution admise, on va le voir à la note suivante, par quelques législations étrangères.

(73) Une loi belge du 25 octobre 1919, intitulée loi sur le crédit professionnel en faveur de la petite bourgeoisie commerçante et industrielle, complétant la loi du 1er mai 1913 sur le crédit des petits commerçants et artisans et sur les intérêts moratoires, *organise, dans ses douze premiers articles, avec des solutions analogues à celles de la loi française de* 1909, *le nantissement du fonds de commerce.* D'après la loi belge, le nantissement comprend (art. 2) l'ensemble des valeurs qui le composent, et notamment la clientèle, l'enseigne, l'organisation commerciale, les marques, le droit au bail, le mobilier de magasin et l'outillage, le tout sauf stipulation contraire. A la différence de notre législation, la loi porte que *le gage pourra comprendre les marchandises en stock à concurrence de* 50 *p.* 100 *de leur valeur.* Le gage, opéré sans dessaisissement, est rendu public suivant des formes réglées par les articles 4 et 5; sa portée d'application quant aux personnes auxquelles il peut être consenti est limitée dans une certaine mesure par l'article 7. (Nous résumons divers renseignements puisés dans la *Chronique de législation*, Belgique, de Mechelynck, in *Ann. dr. com.*, 1920, p. 176-177. — De son côté, M. le Professeur Légal, dans un compte rendu du Congrès des juristes de Brno, in *Bull. Soc. lég. comp.*, 1926, t. LV, p. 368 et s., notam. p. 372-373, fait état de l'introduction projetée dans la législation tchécoslovaque d'une sûreté, dite « *l'hypothèque enregistrée* », inspirée du droit commercial français, et qui procède de la même conception que notre nantissement des fonds de commerce. M. Légal précise, d'après un rapport de M. le Docteur Sieber, professeur à l'Université de Prague, que le domaine d'application de la nouvelle institution est plus large que celui de notre nantissement. « Le projet, écrit M. Légal, ne limite pas la possibilité d'une mise en gage aux entreprises commerciales, mais l'étend à toute entreprise même n'ayant pas un but proprement commercial *et même à toute universalité de fait;* les auteurs du projet ont décidé que l'hypothèque enrègistrée serait susceptible de s'étendre à tous les biens qui font partie de l'entreprise ou en sont l'accessoire, bref qu'elle peut englober indistinctement tous les éléments qui concourent à une même affectation. » L'auteur de l'étude que nous résumons, note que le projet tend à permettre la mise en gage sans déplacement *d'une universalité de fait ou de droit* et tranche les controverses qui s'étaient élevées en présence des dispositions de l'article 302 du Code civil autrichien, sous l'empire de cette législation sur le principe de la validité d'un nantissement portant sur une collec-

En ce qui concerne le *bail*, M. le Professeur Voirin [74] remarque avec raison qu'en général on ne met pas en doute la possibilité de donner et de prendre à bail un fonds de commerce. « Il s'agit là, écrit-il [75], d'un bien mobilier, consistant *en une universalité de fait — sinon de droit, puisqu'elle ne constitue pas un patrimoine distinct* — dont la réalité a été néanmoins reconnue dans une large mesure par les lois des 17 mars 1909 et 30 juin 1926. Or, suivant l'article 1713 du Code civil, « on peut » louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles ». En outre, l'article 6 de la loi du 30 juin 1926 envisage directement le bail du fonds de commerce pour l'exclure du champ d'application de la propriété commerciale, mais sans, par ailleurs, en mettre en doute la validité (Ropers et Dubrujeaud, *Et. prat. sur l'application de la législation dite de la propriété commerciale. Lois nouvelles*, 1929, 2e partie, p. 147 et s.). La loi fiscale, de son côté, envisage elle-même ce bail (art. 100 et 101 combinés C. enreg.). La jurisprudence n'hésite pas à reconnaître la validité de ce bail (Trib. com. Seine, 10 juin 1920, *Gaz. Pal.*, 1921, table, v° *Fonds de commerce*, nos 12 et 13; Paris, 28 juill. 1930, D. H., 1930, p. 530. » [76].

---

tivité de biens. Sans insister davantage, nous nous bornerons à constater, ne serait-ce que pour le fonds de commerce universalité de fait, que les juristes tchécoslovaques ont tiré de sa notion des conséquences semblables à celles admises par le législateur français de 1909 et qu'ils ont même été plus audacieux que ce dernier dans l'admission de ces conséquences au point de vue spécial du nantissement.

(74) P. Voirin, *Propriété et responsabilité dans les baux ayant pour objet une exploitation spécialement dans le bail du fonds de commerce* (*Rev. trim.*, 1931, p. 285 et s.).

(75) *Op. et loc. cit.*, p. 292, n° 6.

(76) Il observe toutefois que la jurisprudence éprouve un certain embarras à distinguer ce bail d'autres conventions dont la nature juridique est pourtant très différente. (Sur ces conventions, nous renvoyons à l'étude dans son ensemble, où elles sont examinées avec détails, p. 292 et s.) Cette

Quant à *l'usufruit* d'un fonds de commerce, il a fait l'objet, de la part de M. Delalande, sous ce titre, d'une thèse approfondie et documentée (77), où il s'attache à montrer, en prenant pour base les solutions relatives à l'usufruit, l'individualité accentuée que revêt la notion juridique actuelle de fonds de commerce, individualité coexistant avec la conservation par les éléments constitutifs de certains de leurs caractères particuliers. Nous ne pouvons mieux faire que de reproduire quelques passages significatifs de cet ouvrage.

A propos de la mise en possession de l'usufruitier, il écrit (78) : « *L'individualité* conférée au fonds de commerce par la commune affectation des biens qui le composent permet à l'usufruitier de demander par une action unique la mise en possession de tous les éléments, au lieu d'en intenter une distincte pour chacun d'entre eux, ainsi qu'il serait forcé de le faire s'ils étaient considérés comme autant d'objets isolément soumis à sa jouissance... Les formes de la mise en possession à l'entrée en jouissance apparaissent ainsi aussi variées que le sont les éléments du fonds de commerce, mais cette diversité, dont les mesures de publicité à accomplir à l'entrée en jouissance vont nous offrir un nouvel exemple, découle de sa nature complexe et de l'indépendance que conservent les biens qui le composent; elle ne porte aucune atteinte à son unité. »

A propos de la question de savoir si l'usufruitier est

---

considération ne met pas d'ailleurs en jeu l'admission principielle du bail d'un fonds de commerce.

(77) *L'usufruit d'un fonds de commerce*, Bordeaux, 1922, *passim*.

(78) *Op. cit.*, p. 161-162-163.

tenu d'assurer le fonds de commerce contre l'incendie, il fait découler du caractère d'universalité revêtu par le fonds de commerce la conséquence suivante : « N'admettrait-on pas, écrit-il [79], que l'usufruitier peut être obligé par le nu propriétaire à assurer le fonds de commerce; le caractère d'universalité reconnu à ce dernier obligerait à décider que l'incendie des éléments corporels, survenu même par cas fortuit, n'entraîne pas l'extinction du droit de jouissance et laisse subsister l'obligation de restituer dans des conditions analogues à celles que prévoit l'article 616, al. 2, C. civ. »

M. Delalande donne des formules saisissantes lorsqu'il étudie les formalités imposées à l'usufruitier pour rendre son droit opposable aux tiers; *il distingue à cet égard les mesures s'appliquant au fonds de commerce considéré dans son ensemble et celles qui s'appliquent à des éléments individuellement considérés.* L'enregistrement est, dans le premier groupe, la formalité essentielle : « La législation fiscale, observe l'auteur [80], fournit... un exemple caractéristique de la distinction entre le fonds de commerce et les éléments qui entrent dans sa composition : tandis que le premier seul est assujetti à la formalité de l'enregistrement, les seconds, qui, envisagés isolément, y échapperaient tous, à l'exception des immeubles, reparaissent quand il s'agit de déterminer le taux de la taxe à appliquer. *Cette distinction est tout à fait conforme à la notion réelle du fonds de commerce, qui, pour grouper des biens de nature différente et en constituer une valeur bien individualisée, ne fait cependant pas perdre à chacun*

---

(79) *Op. cit.*, p. 242.
(80) *Op. cit.*, p. 171.

d'eux ses caractères particuliers, de sorte qu'en l'absence de dispositions contraires ils restent soumis aux lois spéciales d'ordre public qui les régissent en raison de leur nature propre. »

La notion de l'universalité de fait nous apparaît ainsi avec l'étude des solutions législatives, doctrinales ou jurisprudentielles émises sur la nature juridique du fonds de commerce, comme revêtue de certains caractères essentiels, que tous nos efforts ont tendu à dégager le plus nettement possible, et comme s'opposant au surplus avec la notion d'universalité de droit par son contenu et, corrélativement, en pratique, par la solution déterminée qu'elle implique, pour le sort des dettes et des créances, lors de la cession du fonds.

Bien que nous ayons considéré avant tout l'universalité de fait comme une notion prise en soi, ce dernier problème nous a conduit à montrer, chemin faisant, comment et en quel sens l'universalité de droit s'opposait à l'universalité de fait sur le terrain du fonds de commerce.

L'adoption par nous de la méthode expérimentale appliquée au droit a pour conséquence de faire apparaître pour le moment cette opposition dans son sens et sa portée, comme une hypothèse, à vérifier, à compléter par une observation répétée et fidèle, de toutes les applications, dont est susceptible ou a fait l'objet l'universalité de fait. Loin de s'en tenir aux résultats qui se dégagent implicitement des observations antérieures, il est nécessaire, avant de pouvoir tenter la construction d'une théorie générale des universalités de biens et un essai de classification systématique de ces mêmes universalités, d'explorer à fond tout le domaine propre de l'universalité de fait.

les conceptions diverses que l'on a pu s'en faire en la considérant plus ou moins directement en dehors du fonds de commerce.

Ce sont ces applications et ces conceptions que nous allons étudier dans le chapitre suivant, après quoi il ne nous restera plus, avant de passer à la synthèse de l'opposition des universalités de fait et des universalités de droit, qu'à poursuivre pour ces dernières le même effort que pour les premières.

CHAPITRE II

Élaboration de la notion d'universalité de fait à l'époque moderne en dehors de la question principale et directe de la nature juridique du fonds de commerce. Théories émises sur ce concept à l'occasion du problème dogmatique de la classification des universalités ; les solutions modernes et leur origine historique.

Une pluralité de biens de nature différente, corporels ou incorporels, unifiés en un tout, une valeur globale présentant un caractère accentué d'individualité juridique aux conséquences pratiques fécondes, telle apparaît l'universalité de fait dans son expression type : le fonds de commerce.

Mais, comme la plupart des notions, l'universalité de fait, à côté de cette expression type, de cette forme parfaite, comporte des nuances et des aspects quelque peu divergents à certains égards, encore que, malgré ces variantes, la notion ne reste incontestablement une dans son essence.

Pour ne citer que ces exemples, le troupeau, le cheptel, sorte de troupeau spécialisé, si l'on peut dire, diffère du

fonds de commerce par la nature de leur composition, puisque leurs éléments sont uniquement corporels, alors que le fonds de commerce contient des éléments corporels et incorporels; il n'en est pas moins vrai que le troupeau ou le cheptel est une universalité de fait, selon l'interprétation qui peut se dégager de la réglementation législative de l'usufruit dont il peut être l'objet et comme la doctrine n'a point manqué de le faire, à l'occasion, observer. D'autre part, des ensembles de biens, comme le train de culture ou, plus largement, l'exploitation agricole, ont des éléments variés, mais néanmoins, en général, purement matériels, comme dans le troupeau; l'exploitation industrielle, avec la même variété d'éléments, se rapprochera le plus souvent du fonds de commerce par le caractère mixte, corporel et incorporel de son contenu.

Des applications analogues peuvent être recherchées à titre d'observation complémentaire dans quelques législations étrangères bien choisies.

Toutes ces applications, intéressantes en elles-mêmes, doivent surtout être considérées — car elles offrent peut-être ainsi un plus grand intérêt encore — comme se rattachant à des théories, parmi lesquelles on doit retenir principalement une conception générale. Cette théorie, sous la forme d'une classification des universalités de biens en universalités de fait et universalités de droit, se présente avec des bases d'ordre historique. Quel que soit pour le moment le bien-fondé de cette théorie, abstraction faite de tout point de vue critique et de l'examen du sort qui lui est réservé ou doit lui être réservé à notre avis, en ce qui concerne le problème de la classification des universalités, il est nécessaire néanmoins de l'étudier pour faire une analyse complète de l'universalité de fait, pour mieux com-

prendre les traits que présente cette notion dans quelques pays étrangers, en particulier en Suisse ou en Allemagne.

Au terme de cette étude, nous aurons pu rencontrer certains caractères de l'universalité de fait sensiblement divergents de ceux rencontrés à propos du fonds de commerce, par exemple en ce qui concerne l'individualité du tout formé par les divers éléments composants. Soucieux d'exposer, et non de dogmatiser pour l'instant, nous nous bornerons à faire état expérimentalement de ces diversités, réservant la critique et la synthèse pour plus tard, synthèse et critique qui auront toutefois été grandement facilitées par avance par les constatations de données multiples en ce moment étudiées.

Il convient d'ajouter que, dans cet exposé comme dans le précédent, si, par la force même des choses, nous consignons des indications sur l'universalité de droit, ce seront autant de pierres d'attente pour l'étude ultérieure et spéciale de cette dernière notion, et que, dans nos analyses, nous tendrons principalement à dégager le champ d'application de l'universalité de fait.

Cette étude sera divisée en deux sections.

Section I. — *Applications concrètes de la notion d'universalité de fait en dehors du problème de la nature juridique du fonds de commerce.*

Section II. — *Théories émises sur la notion d'universalité de fait, plus spécialement à l'occasion des applications précédemment examinées et du problème de la classification des universalités; les solutions modernes et leur origine historique.*

SECTION PREMIERE

APPLICATIONS CONCRÈTES DE LA NOTION D'UNIVERSALITÉ DE FAIT EN DEHORS DU PROBLÈME DE LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE.

§ 1. — Les applications de l'universalité de fait que l'on peut découvrir dans la législation, la doctrine et la jurisprudence françaises en dehors du fonds de commerce.

Nous retiendrons tout d'abord l'exemple notable du *troupeau* et du *cheptel*, ce dernier n'étant, nous l'avons déjà dit, qu'une sorte spéciale de troupeau.

Le *troupeau* est prévu dans l'article 616 du Code civil à propos de l'usufruit qui porte sur lui, usufruit réglementé dans certaines de ses conséquences d'une manière différente de l'usufruit portant sur un animal déterminé prévu à l'article 615. Ces deux dispositions sont ainsi conçues :

« ART. 615. — *Si l'usufruit n'est établi que sur un animal* qui vient à périr sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est pas tenu d'en rendre un autre ni d'en payer l'estimation. »

« ART. 616. — *Si le troupeau sur lequel un usufruit a été établi* périt entièrement par accident ou par maladie, et sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est tenu envers le propriétaire que de lui rendre compte des cuirs ou de leur valeur. »

En présence de ces textes, quelle a été l'attitude de la doctrine, des interprètes, et quelle conception s'est-on faite du troupeau ? Des citations empruntées à différents auteurs ou à diverses sources montreront, les unes avec l'expression technique elle-même, les autres sous des formules qui

l'annoncent implicitement, que le troupeau est considéré comme une universalité de fait.

Demolombe *range le troupeau parmi les universalités de fait* ou « certaines collections ou agrégations de biens, qui ont été réunis ensemble par le propriétaire pour servir à une destination commune » [1]; il l'envisage spécialement comme « une agrégation d'animaux considérés dans leur ensemble » [2].

Baudry-Lacantinerie et Chauveau [3] s'expriment de la façon suivante :

« Le troupeau est considéré comme une unité spéciale, distincte de l'individualité des animaux qui le composent; c'est *une universalité de fait*, un ensemble constituant un objet unique. »

Ces définitions, traduisant la notion du troupeau, se retrouvent encore lorsque les auteurs se placent au point de vue de l'usufruit du troupeau par opposition à l'usufruit d'un animal isolé.

Demolombe note qu'au cas d'usufruit du troupeau « l'usufruit a alors pour objet, non pas séparément et divisément, chacune des têtes dont ce troupeau se compose, mais le troupeau lui-même, c'est-à-dire un être unique et collectif » [4], « l'agrégation d'animaux considérés dans leur ensemble » [5].

MM. Planiol, Ripert et Picard [6] écrivent que « l'usufruit

---

(1) *Traité de la distinction des biens*, 4e éd., t. I, n° 65, p. 30.

(2) *Ibid.*, n° 309.

(3) *Les Biens*, 3e éd., 1905, n° 723.

(4) *Op. cit.*, n° 313, p. 263.

(5) *Op. cit.*, n° 309.

(6) *Tr. théor. et prat. dr. civ.*, t. III, *Les Biens*, n° 789. Cpr. Colin et Capitant, *Cours élém. de dr. civ. franç.*, t. I, 4e éd., p. 799; Aubry et Rau, 5e éd., t. II, p. 744; Dalloz, *Rép. prat.*, n° 104. « L'usufruit établi sur un troupeau porte sur une universalité distincte de l'individualité des ani-

d'un troupeau doit être considéré comme portant moins sur les têtes de bétail envisagées *ut singuli* que *sur l'ensemble des animaux formant une universalité de fait* ».

Ce ne sont pas là notions purement théoriques; à leur signification est attaché un grand intérêt pratique.

Indiquons simplement que c'est l'article 589 qui régit l'hypothèse où il s'agit de l'usufruit sur un ou plusieurs animaux considérés *ut singuli*. En conséquence, l'usufruitier a le droit de se servir des animaux pour l'usage auquel ils sont destinés; il peut en retirer les produits : laitage, laine, croît, et les services : charrois, labours, selle. En outre et surtout, l'usufruitier doit nourrir et soigner les animaux, tant en santé qu'en maladie. Mais il n'est pas responsable soit de la détérioration qui résulte du service auquel il a le droit de les employer, soit de la perte qui serait l'effet de l'âge, de la maladie ou d'un accident; l'usufruitier, toujours dans notre hypothèse, n'est pas tenu de remplacer l'animal ou ceux des animaux qui périssent, car chacun d'eux est, dans ce cas, l'objet d'un usufruit spécial et distinct.

Tout autre est la situation d'un usufruitier établi sur un troupeau : il doit entretenir et « remplacer » les animaux qu'il consomme, qu'il aliène, ou ceux qui ont péri individuellement jusqu'à concurrence du croît (art. 616, § 2).

S'il y a discussion sur la mesure exacte dans laquelle l'usufruitier est tenu d'employer le croît à cette reconstitution du troupeau, on s'accorde sur le principe, à savoir

---

maux qui la composent; c'est donc le troupeau considéré comme universalité que l'usufruitier doit conserver et rendre. » Nous renvoyons à ce répertoire pour l'inventaire des opinions sur les questions pratiques soulevées par l'usufruit du troupeau, bien que nous indiquions comment ces questions se posent du point de vue des principes.

que l'usufruitier doit pourvoir, comme le ferait un bon propriétaire, au maintien de l'universalité juridique que le troupeau constitue » (7).

En définitive, le troupeau est donc considéré comme une universalité de fait, unissant dans son sein, dans un tout unique, des éléments corporels qui le composent, les animaux qui peuvent en tant que tels faire, le cas échéant, l'objet de certains actes juridiques ou être grevés de droits réels distincts, qui conservent donc dans une large mesure leur individualité. Tel le genre, telle l'espèce; tel le troupeau, tel le cheptel.

Qu'entend-on au juste par *cheptel ?*

L'expression s'incorpore d'ordinaire dans une catégorie de baux dite bail à cheptel.

L'article 1830 du Code civil définit cette sorte de bail « un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre *un fonds de bétail* pour le garder, le nourrir, le soigner, sous les conditions convenues entre elles ».

Retenons les mots « fonds de bétail », soulignés par nous

---

(7) *Rép. prat.* v° *Usufruit*, n° 105. Un auteur récent, M. Croizat, dans une œuvre fort originale : *La notion de fruits en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal*, th. Lyon, 1925, a abordé la question du troupeau. S'efforçant de démontrer le caractère inexact de la conception du Code civil, qui voit dans la périodicité et la conservation de la substance génératrice les critères fondamentaux de la distinction des fruits et des produits, il prétend que le Code a admis qu'un aménagement volontaire peut imprimer aux produits d'une chose le caractère de fruits; il lui paraît, en définitive, qu'à côté des « fruits par nature » il existe des biens qui sont tantôt des fruits, tantôt des capitaux par destination; et parmi les fruits par destination, il cite le cas du troupeau, et s'occupe de l'usufruit qui le concerne. « Le troupeau, écrit-il (*op. cit.*, p. 73-74), est un *universum corpus, un ensemble, abstraction faite des animaux qui le constituent.* ...Là encore (usufruit du troupeau), nous sommes en présence d'un aménagement volontaire qui affecte une partie des produits à la consommation et l'autre à la reconstitution du fonds producteur, de telle sorte que, malgré la perception d'un revenu périodique, *l'universalité* conserve sa valeur originaire. »

intentionnellement; la loi prévoit plusieurs combinaisons de bail à cheptel, variétés dans lesquelles elle règle, à défaut de convention des parties, les deux questions importantes : celle du risque du bétail, celle de l'attribution du profit des animaux, notamment du croît et de la laine. Parmi ces variétés, la loi, tout d'abord, en désigne une du nom de « cheptel » (art. 1831). Le Code désigne par cette formule une combinaison en vertu de laquelle le bailleur donne (gratuitement) *un ou plusieurs animaux* à un preneur pour les nourrir et les loger. Les auteurs signalent l'impropriété de cette expression de cheptel dans cette disposition, ces mots ne s'appliquant *qu'à un fonds de bestiaux et non à des animaux individuellement considérés et déterminés* (8).

Nous verrons plus tard que ce n'est pas là une question de mots, que le cheptel, fonds de bétail, troupeau, s'oppose à des animaux isolés, car l'universalité de fait se révèle comme une notion scientifique traduisant l'opposition d'un ensemble juridique d'objets, ici d'animaux, avec un objet isolé, ici un animal isolé.

Poursuivons notre recherche des applications de l'universalité de fait.

C'est ainsi que nous trouvons *le concept d'exploitation*, qui s'absorbe dans la notion plus large d'universalité de fait. Au reste, observons-le immédiatement, le fonds de commerce n'est autre qu'une exploitation commerciale; à côté de l'exploitation commerciale se place l'exploitation agricole ou l'exploitation industrielle.

M. le Professeur Voirin (9) a étudié cette notion d'exploi-

---

réper...

(8) Colin [illegible] et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 562.

(9) P. Voirin, *La [illegible] jouissance d'une exploitation envisagée comme critère*

tation et il en a dégagé les caractères à propos d'une application pratique très intéressante : le critérium des baux à ferme, dans un article récent. Il définit ainsi l'exploitation :

« L'exploitation envisagée dans son fonctionnement, ou du moins prête à fonctionner, comprend un ensemble d'éléments très complexes, liés les uns aux autres par des rapports adéquats de moyen à but. Une exploitation culturale exige des terres, des instruments et des machines, un cheptel, un personnel, certains bâtiments, etc.; une exploitation commerciale suppose une clientèle, du matériel, des locaux, des stocks de marchandises. » (10).

L'auteur aurait pu ajouter dans cette définition l'*exploitation industrielle*, une usine, avec ses locaux, ses machines, son outillage. Au hasard de nos lectures, ne relevons-nous pas, dans Houpin et Bosvieux (11), à propos de la question de l'apport-vente à une société, les considérations suivantes : « Une société ou un particulier possède, par exemple, un établissement industriel, comprenant, d'une part, des immeubles (terrains, constructions, matériel, immeubles par destination); d'autre part, un fonds de commerce de nature mobilière (brevets, marchandises, surtout clientèle, etc.). Ces divers biens, dont la réunion forme *cette entité ou universalité qu'est l'établissement industriel*, doivent nécessairement faire l'objet d'une seule transmission. »

Il suffit d'ajouter à la désignation « d'universalité » les

---

du bail à ferme et comme principe de son autonomie (*Rev. trim.*, 1930, p. 291 à 335).

(10) *Op. cit.*, p. 295.

(11) *Traité théorique et pratique des sociétés commerciales*, 3e éd., t. I, n° 695, p. 711-712.

mots complémentaires « de fait » pour dégager la notion juridique précise de l'établissement industriel.

Nous ajoutons que, pour désigner l'universalité de fait agricole, on emploie plus volontiers que « exploitation agricole » le terme de « *train de culture* ». M. Nast, dans le compte rendu critique d'une décision de la Cour de cassation, affirme expressément que le train de culture est une universalité de fait (12).

Après avoir indiqué pour la France quelques applications de l'universalité de fait, nous rechercherons dans quelques pays étrangers les hypothèses que l'on peut rattacher à la même notion; nous prendrons comme domaine de notre recherche la Suisse, l'Allemagne.

---

(12) Cass. civ., 20 avril 1928. D. hebd., 1928, p. 317. Compte rendu de M. Nast. Ex. doctr. *Contr. de mariage et régimes matrimoniaux* (*Rev. crit.*, 1929, p. 385 et s.). Un fermier étant décédé, laissant à sa survivance un fils mineur et sa femme commune en biens, sa veuve poursuit pendant une douzaine d'années l'exploitation des biens affermés, puis demande la liquidation et le partage de la communauté.

« A quelle valeur, se demande M. Nast, doit être estimé, dans l'état liquidatif, *le train de culture* se trouvant sur les biens affermés et qui appartient à la communauté ? Pour sa valeur au jour de la dissolution de la communauté ou pour sa valeur au jour du partage ? La Cour de cassation, par son arrêt susvisé, s'est prononcée en faveur de la seconde solution. Sa décision mérite d'être pleinement approuvée. *Le train de culture est, en effet, un ensemble d'animaux et d'ustensiles aratoires qui constitue une universalité de fait;* or, ce train de culture était resté dans l'indivision pendant tout l'intervalle compris entre la dissolution de la communauté et son partage, et c'était pour le compte de l'indivision que la veuve avait continué l'exploitation. Sans doute, plusieurs éléments du train de culture avaient-ils été remplacés par d'autres au cours de l'exploitation des biens affermés par la veuve. Mais ce remplacement avait produit l'effet d'une subrogation réelle. » L'auteur explique cette subrogation par l'autonomie que revêt l'indivision qui suit la dissolution de la communauté entre époux.

§ 2. — **Les applications que l'on peut rattacher par analogie à la notion d'universalité de fait en droit allemand et suisse; caractères des « Sachgesammtheiten » ou « Gesammtsachen », universalités de choses.**

D'abord, le droit allemand.

Il faut noter que le droit allemand n'entend par choses que les objets corporels.

Art. 90 B. G. B.[13] : Les choses, au sens de la loi, sont seulement les objets corporels.

Dès lors, les ensembles de choses que nous pourrons rencontrer dans les dispositions législatives ou dans les œuvres doctrinales seront des ensembles d'objets corporels.

Le B. G. B. parle à plusieurs reprises « d'ensembles de choses, d'ensembles d'objets ».

« § 260 : Quiconque est obligé de faire délivrance *d'un ensemble d'objets* ou de fournir des renseignements sur le montant d'un tel ensemble doit présenter à l'ayant droit un état descriptif.

Les commentateurs notent que le texte trouvera une de ses principales applications lorsqu'il s'agira « d'universalités formant un tout unifié sous un même nom générique, telles qu'un troupeau, une bibliothèque ».

« § 1035 (cas dérivé du précédent paragraphe) : Lorsque l'usufruit porte *sur un ensemble de choses*, l'usufruitier et le propriétaire sont réciproquement obligés de concourir à

---

(1) Nous citons les articles du Bürgerliches Gesetzbuch, d'après la traduction de l'Office de législation étrangère, avec commentaires sous les articles de MM. Bufnoir, Cazelles, Challamel, et autres. Ce sont des extraits de ces commentaires que nous visons au texte.

la confection d'un état descriptif... De son côté, le § 1048 dispose : « Lorsque l'usufruit a pour objet *un fonds avec inventaire*, l'usufruitier peut disposer des objets inventoriés dans les limites d'une exploitation régulière. Il doit remplacer les pertes résultant du dépérissement habituel ou des retranchements à faire suivant les règles d'une exploitation régulière; les objets nouveaux deviennent, par leur incorporation *à l'inventaire*, la propriété de celui à qui l'inventaire appartient. »

L'inventaire a, en Allemagne, dans cette disposition, un sens spécial, qui nous est donné par les commentateurs du B. G. B. : on entend par *inventaire*, dans l'article 1048, les *ustensiles nécessaires à l'exploitation d'un fonds, le bétail, les outils*, etc., tous ensembles de choses dont la destination agricole commune exigeait une réglementation spéciale de l'usufruit qui porte sur elles et à laquelle a pourvu la disposition précitée.

Les applications d'ensembles de choses, que l'on peut retrouver en droit suisse, présentent de grandes analogies avec celles du Code civil allemand.

Le professeur Wieland affirme, au début de son célèbre ouvrage (14), que les « objets de la propriété ne sont que les choses individualisées et non les choses collectives, telles qu'un dépôt de marchandises, un troupeau, une bibliothèque » (15).

Le Code civil suisse prévoit-il des choses collectives, des ensembles de biens ? Encore que les auteurs de ce Code

---

(14) *Les droits réels dans le Code civil suisse*, trad. par Bovay, 2 vol., Paris, 1913.

(15) *Op. cit.*, t. I, p. 20.

n'aient pas voulu définir ce qu'était un ensemble de biens (16), il est possible de trouver l'expression à propos de la transmission intégrale des exploitations agricoles consignée dans l'article 620.

Pour le droit suisse, le principe des partages successoraux, c'est, comme chez nous, l'égalité du droit des héritiers à tous les biens de la succession; les biens de la succession qui ne peuvent être partagés sans subir une diminution notable de leur valeur sont attribués à l'un des héritiers. La loi prévoit un cas où les biens ne sont pas partagés si l'un des héritiers s'y oppose : celui de l'existence dans la succession de « *biens qui, par leur nature, forment un tout* » ou « une unité économique », tels que des papiers de famille (pour les premiers) et surtout l'exploitation agricole (pour les seconds) :

« Art. 613 : *Les objets qui, par leur nature, forment un tout* ne sont point partagés si l'un des héritiers s'y oppose... » (L'article cite comme exemple les papiers de famille et les choses qui ont une valeur d'affection.)

« Art. 620 : S'il existe parmi les biens (de la succession) *une exploitation agricole*, elle est, en tant qu'elle constitue une unité économique, attribuée entièrement à celui des héritiers qui le demande et qui paraît capable de se charger de l'entreprise; le prix en est fixé à la valeur de rendement. »

Les auteurs commentent avec quelques détails cette institution originale de la transmission intégrale de l'exploitation agricole. Sans insister davantage, il faut se borner à signaler les précisions suivantes.

---

(16) V. *supra*, p. 3, le passage cité de M. Huber (*Exposé des motifs de l'avant-projet du Code civil suisse*, 1902, p. 18 et s.).

MM. Rossel et Mentha [17], dans une note explicative sous l'article 620 font observer qu'il n'est pas nécessaire, pour que l'article trouve son application, que l'exploitation agricole soit d'un seul tenant, un domaine, une ferme, etc.; il suffit qu'au point de vue de son économie elle forme un tout. Il faut donc entendre par exploitation agricole, au sens de l'article 620, « tout ensemble de biens ruraux groupés et administrés de telle sorte que, lors de la dévolution de l'hérédité et fussent-ils disséminés territorialement parlant, ils n'en représentent pas moins un tout au point de vue de leur administration ou de leur économie » [18].

L'institution que nous étudions s'étend même éventuellement à des biens plus complexes et variés qu'une seule exploitation agricole. L'avant-projet du Code civil suisse disait, dans son article 630 : « Une exploitation agricole ou telle autre exploitation formant un tout avec un immeuble y affecté sera, pour autant qu'elle n'est pas commodément partageable, attribuée à l'un des héritiers qui le demande. »

L'article 625 actuel prévoit l'hypothèse où une industrie est l'accessoire d'une exploitation agricole; dans ce cas, le tout est attribué à celui des héritiers qui le demande et qui paraît capable de se charger de l'entreprise. Le texte ne peut, au reste, s'appliquer si l'exploitation industrielle apparaissait comme la chose principale, dont l'exploitation agricole ne serait que l'accessoire; ce qui est une pure question de fait [19].

Ces quelques exemples précédemment analysés ont-ils

---

(17) *Manuel de droit civil suisse*, 2e éd., 1922, 3 vol.
(18) *Op. cit.*, t. II, n° 1146.
(19) Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. II, n° 1157.

été, dans la doctrine helvétique, la source d'une théorie générale propre ? Si l'on consulte les civilistes les plus autorisés de ce pays dans leurs traités ou manuels, on s'aperçoit qu'il n'en est rien; la plupart d'entre eux, sinon tous, pratiquant la méthode exégétique, étudiant les dispositions des codes une à une, dont ils donnent dans l'ordre matériel des textes un commentaire se suffisant pour ainsi dire à lui-même (20), n'ont point construit de théorie, de construction originale; ils se sont bornés à signaler, à propos de l'hypothèse de l'article 613, l'existence d'une conception germanique sur les ensembles de choses ou Sachgesamtheiten ou encore Gesamtsachen (21).

A propos de l'article 613, MM. Rossel et Mentha écrivent : « Il est des ensembles de choses — les Sachgesamtheiten des Allemands — qui constituent objectivement une unité économique et dont l'inaptitude au partage a sa source dans ce fait (non point dans celui de leur dépréciation notable par l'effet du partage) (art. 613, al. 1; cpr. art. 620). Ce sont les choses qui, par elles-mêmes, forment un tout : un outillage, une bibliothèque, une parure, un mobilier de salon, un fonds de commerce, une galerie de tableaux, une collection de monnaies, etc... » Ils donnent en note une citation de la *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, t. LVII, p. 323 : « Il ne peut être question d'objets qui, « par leur nature, forment un tout » que s'il s'agit de Gesamtsachen, d'ensembles de choses auxquelles leur destination confère un caractère d'unité : bibliothèques, collections, outillages, troupeaux, etc. » (22).

---

(20) V. surtout à ce point de vue le Manuel de Curti-Porret.
(21) Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. II, nos 1328 *bis*, 1137.
(22) *Op. cit.*, no 1137, précité.

Quelle est donc la substance de cette conception allemande des Sachgesamtheiten ou Gesamtsachen ?

Le B. G. B. comporte une partie générale où ont été insérées de multiples définitions ou théories générales; c'est ainsi que dans les articles 90 à 103 il donne des définitions légales des choses (Sachen), et qu'il limite aux objets corporels la portée de la notion de chose (art. 90).

Les juristes allemands, très enclins aux constructions abstraites, se sont efforcés d'analyser la notion de chose, la nature juridique de cette notion et de ses variantes complexes; la constitution variable d'une chose ou d'un ensemble de choses a ainsi retenu particulièrement leur attention (23).

Tout d'abord (24) il peut exister une unité naturelle de la chose, qui tient au lien corporel de ses parties et à leur séparation nettement délimitée de cette chose avec d'autres choses; l'unité juridique répond à la nécessité de la prise en considération par le droit de tous les éléments envisagés dans leur ensemble.

Le professeur Staudinger (25), étudiant les cas où existe ainsi l'unité naturelle d'une chose, indique qu'une pluralité naturelle de choses, la coexistence de plusieurs choses,

---

(23) Cons. surtout Staudinger, *Commentar zum bürgerlichen Gesetzbuche und dem Einführungsgesetze*, Bd 1, Allg. Teil. 2e Aufl., Münich, p. 255 à 259; Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, Bd 1, Allg. Teil., Tübingen und Leipzig, 1900, § 58, p. 273 à 276; Gierke, *Grundzüge des deutschen Privatrechts in Enzyclopädie von Holtzendorff*, t. I, p. 479 et s., « Formen der Sachverbände »; Enneccerus, *in* Enneccerus, Kipp et Wolff, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd I, erste Abteilung, Marburg, 1921, § 114 . « Sachgesammtheiten », p. 291-292; *adde* Wächter, *Ueber Sachgesammtheiten;* Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, part. I, p. 797 et s.; Tendi, *Le universitates rerum*, Firenze, 1906.

(24) Nous nous inspirons dans cet examen de l'exposé synthétique de Staudinger, *op.* et *loc. cit.*

(25) *Op. cit.*, p. 255-256.

peut constituer une chose unique, unitaire (Sacheinheit), ou au moins être juridiquement exprimée comme telle. Il faut admettre que l'on se trouve en présence d'une Sacheinheit, lorsque, malgré la pluralité des éléments corporels composants, ces objets pris en eux-mêmes n'ont pas de valeur et, par suite, ne peuvent, dans les opérations juridiques, être envisagés seuls, mais dans leur ensemble. C'est le cas d'une pile de blé, d'un tas de sable ou de charbon.

Il signale la possibilité théorique de rattacher à ces cas l'exemple de l'essaim d'abeilles qui ne doit pas être rangé dans la même catégorie que le troupeau, dont les éléments isolés offrent comme tels une certaine valeur (26).

Une pluralité de choses peut encore apparaître comme un ensemble naturel sous le point de vue de la communauté d'affectation à laquelle elles sont destinées. Arrivé à ce point de son analyse, l'auteur distingue l'hypothèse où, pour ce motif, une chose est considérée comme accessoire (Zubehör) d'une chose principale, et celle plus particulièrement intéressante pour nous de la Sachgesammtheit, où plusieurs éléments particuliers sont reliés par le caractère commun de leur affectation, sans que ces éléments se trouvent entre eux dans un rapport de subordination ou de prééminence assorti de conséquences juridiques. Dans ce cas, on parle d'un ensemble de choses, d'une universalité de choses (Sachinbegriff, Sachgesamtheit) (27).

La Sachgesammtheit est, dit-il, communément considérée comme un tout; les éléments plus ou moins nombreux qu'elle contient sont rangés sous un vocable unique. Elle comprend sans doute parfois des objets de même nature,

---

(26) L'essaim d'abeilles est pourtant pris en considération par le B. G. B. dans les hypothèses visées aux §§ 961 et s.

(27) Staudinger, *op. cit.*, p. 257.

comme une paire de manchettes, des boucles d'oreilles, une paire de chaussures, un troupeau de moutons, mais aussi une collection d'objets différents réunis sous une dénomination unique : telle qu'une galerie de tableaux, un bien avec inventaire, un mobilier de chambre, un fonds de marchandises, etc. Il n'attache d'ailleurs une signification proprement juridique à la Sachgesammtheit que dans les cas et sous les rapports où la loi l'envisage expressément (28).

Sous l'expression de Gesamtsache, Gierke (29) cite comme applications désuètes la parure de guerre ou le trousseau de la femme, et comme applications modernes, le fonds de marchandises, la bibliothèque, l'inventaire, le troupeau.

Ainsi donc, la doctrine allemande considère *comme une Sachgesammtheit tout ensemble d'objets de même nature constitutive ou différente réunis par leur but commun ou leur désignation au moyen d'un nom collectif.* Ces traits étant assez nettement dégagés, qui apparentent cette notion avec l'universalité de fait française, il convient de se demander quelle est l'individualité juridique reconnue en principe à l'ensemble constitué par la Gesamtsache ou Sachgesammtheit.

La réponse à cette question est la même, dans l'interprétation moderne, que les auteurs suisses ou allemands ont donnée du champ d'application législatif de cette notion.

La Sachgesammtheit n'est nullement un objet de droit propre (30); un droit portant sur une collection d'objets,

---

(28) §§ 92, 1035, 1372, 1528, 587 et 1048 du B. G. B.

(29) *Enzyclopädie von Holtzendorff*, t. I, p. 479.

(30) V. *Motive zum Einführungsgesetze zu B. G. B.*, III, 28; Staudinger, *op. cit.*, p. 258-259; Enneccerus, *op. cit.*, p. 292; Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, p. 276, § 58, t. I et t. III, *passim*.

une universalité de choses, n'est autre qu'un droit sur chacun des objets contenus dans la collection; s'il s'agit d'usufruit, il n'y a pas de différence substantielle entre l'usufruit de l'ensemble ou l'usufruit des choses isolées; tout au plus, le caractère spécial de la chose collective est-il susceptible de faire accorder certaines particularités par la loi à cet usufruit; il en est de même pour le gage.

La doctrine suisse (31) suit sur ce point la législation allemande, qui ne contient aucune disposition sur la Sachgesammtheit en tant qu'objet de droit, et qui exclut à proprement parler du concept de chose ces universalités. Le B. G. B. a rompu ainsi implicitement en visière avec les anciennes législations particularistes, qui avaient sur ces dernières une conception absolument opposée et considéraient, avec le Code civil autrichien, ces universalités comme des unités ayant une existence juridique très nette (32).

---

(31) Wieland, *Droits réels dans le Code civil suisse*, t. I, p. 526 et s., p. 574 et s. (Usufruit). — Cpr. les auteurs cités. L'auteur admet, à l'instar de la doctrine allemande, l'existence de trois sortes d'usufruit : l'usufruit au sens propre (*Sachniessbrauch*), portant sur des objets non consomptibles; le quasi-usufruit (*uneigentlicher Niessbrauch*), sur les choses consomptibles, et le *Dispositionsniessbrauch*, ou usufruit impliquant le droit de disposer de la chose, s'exerçant sur des choses non consomptibles estimées avant leur délivrance, et plus particulièrement sur les objets composant un ensemble de choses, et non en principe sur cet ensemble en tant que tel. — Cpr. l'étude de Kohler, *Ueber den Dispositionsniessbrauch* (*Jahrb. f. d. Dogm.*, t. XXIV, p. 187 et s.); Rossel et Mentha, *op. cit.*, nos 1636 et s.; Wieland, *op. cit.*, t. II, p. 259, p. 241 et s. (*Gage*) : « Le droit de gage sur une collection d'objets n'est autre qu'un droit de gage sur chacun des objets contenus dans la collection ».

(32) *Bayerisches Landrecht*, Teil II, cap. v, § 6, 4to; *Allg. Landrecht f. die Preussischen Staaten*, Teil I, tit. II, §§ 32 et 36 à 39. Le paragraphe 32 est ainsi conçu : « Mehrere besondere Sachen, die mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen, machen ein Inbegriff von Sachen aus, und werden zusammen genommen, als ein einzelnes Ganze betrachtet », et les paragraphes 36 à 39 tirent des conséquences pratiques de la définition. Parmi les anciens codes des cantons suisses, le Code du Canton des Grisons (*Bündnerisches Privatrecht*, Thur, 1869) définissait ainsi

L'accord n'est d'ailleurs pas unanime chez les auteurs allemands pour nier toute individualité juridique aux ensembles de choses, dont ils ont par ailleurs cherché à dégager les traits généraux; des divergences apparaissent également à cet égard dans le droit italien, en ce qui concerne le degré ou l'existence de l'individualité qu'il convient de reconnaître aux ensembles de choses, considérés en tant que tels (33).

Ces divergences sont la traduction d'une théorie générale émise sur les universalités de biens, théorie commune en quelque sorte à la France, à l'Allemagne et à l'Italie, et puisant ses racines dans une interprétation pandectiste de certains textes de droit romain; nous faisons allusion à la division des universalités de biens en universalités de fait et universalités de droit, notions dont on détermine le sens, la portée et les différences qu'elles présentent entre elles en se basant sur les caractères respectifs de *l'universitas facti* et de *l'universitas juris*. C'est cette théorie dans ses

---

la Gesammtsache par opposition aux choses isolées (Einzelsachen) : « Die Sachen sind... entweder Einzelsachen oder Gesammtsachen, je nachdem sie nur einzeln für sich oder als Inbegriff mehrerer, *durch eine gemeinschaftliche Bestimmung und Bezeichnung als Ganzes erscheinenden Einzelsachen Gegenstand von Rechten sind.* » — Cpr. le paragraphe 342 du Code civil du canton de Berne : « Ein Inbegriff einzelner Sachen, der als ein Ganzes angeschen und mit einem eigentümlichen Namen bezeichnet wird, heisst eine Gesammtsache. » Tout à fait analogue est enfin la définition donnée par le Code civil autrichien (in *Manz'sche Gesetzausgabe*, Bd II, Wien, 1887) : « § 302 : Gesammtsache (universitas rerum). Ein Inbegriff von mehreren besondern Sachen, die als eine Sache angesehen, und mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen, macht eine Gesammtsache aus, und wird als ein Ganzes betrachtet. »

(33) Enneccerus, *op. cit.*, p. 259; Girtanner, *Die Rechtsstellung der Sache... mit besonderer Rücksicht auf Sachgesammtheiten* (*universitates rerum*), *Accession und Miteigentum* (*Jahrb. f. d. Dogm.*, Bd III, p. 58 à 297, spéc. p. 100 à 239 et 271 à 297 (individualité maxima de ces ensembles); Ferrara, *Trattato di dir. civ. italiano*, vol. I, part. I, p. 799 et s.; citations des auteurs avec les opinions diverses sur la question, p. 799, note 4.

manifestations modernes et dans ses origines historiques que nous allons maintenant examiner pour achever de faire en quelque sorte le tour de la notion d'universalité de fait.

SECTION II

THÉORIES ÉMISES SUR LA NOTION D'UNIVERSALITÉ DE FAIT PLUS SPÉCIALEMENT A L'OCCASION DES APPLICATIONS PRÉCÉDEMMENT EXAMINÉES ET DU PROBLÈME DE LA CLASSIFICATION DES UNIVERSALITÉS; LES SOLUTIONS MODERNES ET LEUR ORIGINE HISTORIQUE

Si nous jetons un coup d'œil en arrière et tâchons de nous représenter dans une vue d'ensemble l'analyse que nous avons faite jusqu'ici de la notion d'universalité de fait, deux constatations se détachent de nos développements et viennent aussitôt à l'esprit, à savoir l'ampleur du domaine de ce concept, et surtout les difficultés, les hésitations et les incertitudes, voire même les contradictions, qui ont accompagné ou accompagnent encore aujourd'hui l'élaboration de certains de ses caractères constitutifs, par exemple le degré de cohésion, d'individualité juridique de l'ensemble qu'elle forme.

En faisant abstraction des nuances, il existe une opposition incontestable entre les résultats issus à ce point de vue en France de la réglementation législative ou de l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle au regard de l'universalité de fait se traduisant dans les notions de fonds de commerce ou de troupeau, par exemple, et, d'autre part, les caractéristiques que l'élaboration étrangère a assignées à l'universalité de fait sous des expressions techniques linguistiques diverses.

On pourrait être tenté d'expliquer uniquement ces anta-

gonismes et ces incertitudes par la complexité du contenu et de la nature de ces ensembles de biens ou encore par la carence législative sur leur définition générale. Sans doute, cette explication contiendrait une grande part de vérité : l'évolution du fonds de commerce en France en témoigne par l'influence, indirecte au moins sinon principale, qu'a exercée la réglementation positive sur l'élaboration de sa nature juridique; il n'existe pas, en Allemagne ou en Italie, d'institution analogue au nantissement de la loi de 1909.

En réalité, le caractère complexe de notre concept ou le plus ou moins rigoureux laconisme législatif à son égard n'a pas été l'unique, ni peut-être la principale raison de l'opinion assez défavorable que certains auteurs ont professée envers l'universalité de fait; et cette affirmation est surtout exacte pour son étude, poursuivie en dehors de la question principale et directe de la nature juridique du fonds de commerce.

§ 1. — Elaboration de l'universalité de fait dans la doctrine moderne, et plus spécialement chez les Romanistes ou Pandectistes, à l'occasion du problème de la classification des universalités.

Certains auteurs allemands, italiens ou français, pour ne citer que des représentants de la doctrine de ces trois pays, ont voulu déterminer les caractères de l'universalité de fait en se plaçant au même point de vue de la classification dogmatique des universalités de biens.

Sur la classification des ensembles de biens ou universalités en général, le droit positif moderne est presque toujours muet ou du moins laconique. Et si l'on trouve dans cette législation positive une réglementation précise et dé-

taillée d'actes juridiques déterminés, de certaines catégories de biens isolés ou même la consécration dans des textes très épars de certaines choses collectives, de certains ensembles de biens, on peut affirmer que les codes ne contiennent pour ainsi dire jamais une définition synthétique de ces mêmes ensembles et de leurs variétés ou de leurs divisions (34).

La doctrine, à l'époque moderne, a compris la nécessité, conforme à sa mission propre, qu'il y avait pour elle, à étudier ces divisions, à classer les différents cas relevés d'une façon systématique. Les auteurs, nous l'avons vu pour le fonds de commerce, en dégagèrent les traits au regard de l'opposition entre l'universalité de droit et l'universalité de fait; l'enjeu du choix à faire de l'une ou de l'autre notion, comme traduisant la nature juridique du fonds, était la présence ou l'absence du passif, des dettes, dans son contenu ou au moment de sa dévolution; l'élimination de l'universalité de droit étant faite, la détermination du caractère individualisé de l'universalité de fait a été facilitée par toute la technique législative, doctrinale ou jurisprudentielle, dont le fonds de commerce a suscité de nos jours le développement.

Pour les autres cas d'application, en raison de leur moin-

---

(34) On relève dans le récent Code civil du Brésil de 1919 (trad. et ann. par P. Goulé, C. Daguin et G. d'Ardenne de Tizac, éd. Office de lég. étr., Paris, Imprimerie nationale, 1928) un essai timide d'une telle définition. La section v du chapitre Ier de ce Code est intitulée : « Des choses particulières ou collectives. » Art. 54 : Les choses simples ou composées, matérielles ou immatérielles, sont particulières ou collectives : 1° Particulières quand, même réunies, elles sont considérées en elles-mêmes, indépendamment des autres; 2° Collectives ou universelles quand elles sont envisagées réunies en un ensemble (V. aussi art. 53 et 56). L'article 57 donne deux exemples de choses universelles : « Le patrimoine et l'hérédité constituent des choses universelles ou des universalités, et ils subsistent comme tels, bien que n'étant pas composés d'objets matériels. » (Page 24 de l'édition citée du Code civil brésilien).

dre importance, la doctrine leur a prêté beaucoup moins d'attention; aussi bien, les auteurs qui se sont occupés plus ou moins directement de ces notions, en présence des renseignements insuffisants qui leur étaient fournis dans la technique juridique actuelle, ont-ils cru devoir interroger l'histoire. La démonstration sera faite plus tard que les difficultés ou les confusions en la matière n'ont pu qu'être accrues, ou même peut-être créées, par le fait que la doctrine a ainsi recherché dans l'histoire une solution à des problèmes organiques actuels.

Quoi qu'il en soit, certains auteurs ont, en notre matière, classé les universalités, de même qu'à propos du fonds de commerce, en universalités de fait et universalités de droit; mais ils ont dégagé ici un critère de distinction de ces deux sortes d'universalités calqué sur le principe de la division romaniste traditionnelle, en *universitas facti* et *universitas juris*, qui se trouve plus ou moins expressément consacrée dans tous leurs écrits.

Si nous n'adoptons pas ce critérium en face des données organiques actuelles, il est utile néanmoins de faire état de ces divisions, car certaines de ces données organiques, sous un aspect extérieur variable, correspondent à des constantes, se trouvant sous-jacentes à ces mêmes divisions, et nous aurons à les mettre en relief pour aboutir à la solution que nous croyons devoir donner au problème de la nature juridique et de la distinction des universalités.

Indiquons brièvement quelques manifestations doctrinales du critérium nouveau, auquel nous faisons allusion plus haut, après quoi nous montrerons à quelle conception et à quelles origines se rattachent ces manifestations.

Le professeur Staudinger (35), après avoir étudié les Sach-

---

(35) *Op. cit.*, p. 260.

gesammtheiten et dégagé combien elles manquent d'individualité propre, ajoute que dans une tout autre catégorie doivent être rangés les ensembles de choses et de droits (Inbegriffe von Sachen und Rechten), tels que la succession, le patrimoine et les patrimoines spécialisés, tous ensembles susceptibles en eux-mêmes d'effets juridiques propres.

Demolombe (36) note que les biens peuvent être considérés, dans leur individualité propre, comme formant un objet particulier ou, au contraire, comme formant un ensemble, une collection, une universalité, et il oppose à ce propos les universalités juridiques aux universalités de fait. Le patrimoine est une universalité de droit ou universalité juridique, qui revêt un caractère remarquable d'unité; c'est, dit même Demolombe, « un être de raison, distinct des biens qui la composent; il n'y a que les événements qui l'atteignent elle-même dans son unité juridique, qui puissent la morceler et la fractionner » (37).

Il a soin d'ajouter qu'il ne faut pas confondre les universalités de droit dont il vient de parler, *avec certaines universalités de fait, c'est-à-dire avec certaines collections ou agrégations de biens, qui ont été réunis ensemble par le propriétaire pour servir à une destination commune ou pour tout autre motif :* tels qu'une bibliothèque, un troupeau, les meubles de telle maison, etc.

Il va jusqu'à dire que ces sortes de collections *n'ont pas, à proprement parler, d'existence juridique*, et la règle est qu'en général, chacun des objets dont elles se composent doit être considéré isolément et dans son individualité distincte (38).

---

(36) *Traité de la distinction des biens*, t. I, nos 62 et s.

(37) *Id.*, no 63.

(38) *Ibid.*, no 65, p. 30-31. — Cpr. Aubry et Rau, *Cours de dr. civ. franç.* t. II, 5e éd., § 162, p. 4, et t. IX, p. 343, note 9.

M. Josserand [39] professe une conception tout à fait analogue : « Le patrimoine, écrit-il [40], constitue un tout, une universalité juridique (*universum jus*) indépendante des éléments qui la composent; elle diffère en cela des *universalités de fait* (*universum corpus*) qui ne sont que des *agrégats matériels d'unités* tels que des livres ou des têtes de bétail : une bibliothèque, un troupeau. »

Toutes manifestations qui se rattachent plus ou moins expressément à la distinction de *l'universitas facti* et de *l'universitas juris* et dont le caractère indécis en pratique a été dû aux discussions auxquelles le sens et le fondement de ces notions ont donné lieu parmi les pandectistes.

Reproduisons la substance de cette doctrine pandectiste d'après les exposés qui se trouvent consignés dans certains ouvrages modernes [41].

---

(39) *Traité de droit civil positif*, Paris, 1930, t. I, p. 340 et s., nos 646 et s.

(40) *Op. cit.*, no 649. Il nous paraît intéressant de signaler l'adoption par le Code civil argentin dans quelques dispositions expresses de cette conception de Demolombe, Aubry et Rau et du doyen Josserand, sous le couvert de la distinction des *biens* et des *choses*. L'article 2313 de ce code définit les choses, les objets corporels ayant une valeur propre, et l'article 2314 appelle biens les choses et les objets immatériels ayant, comme les choses, une valeur. Les auteurs, qui commentent ces dispositions, p. ex. Segovia (*Codigo civil de la Rep. arg.*), sous ces textes, déclarent que, d'après ce Code, une universalité est conçue comme une pluralité de biens extérieurs qui puisse être considérée comme une unité, comme un tout (propres expressions traduisant l'original). En réalité, ne sont, d'après le Code lui-même, de véritables universalités que les universalités de biens (universalidades de bienes) (Art. 2406, 2408, 2766, 2905, etc.), et non les universalités de choses (universalidades de cosas). Les premières sont, disent les commentateurs, les universalités de droit, ou universalités juridiques, distinctes des biens qui les composent; les secondes, les universalités de fait : troupeaux de moutons, de porcs, de gros bétail, bibliothèques, fonds de marchandises, qui n'ont pas d'existence juridique en tant qu'universalités. V. Segovia, *op. cit.*, t. II, sous l'art. 2766 : « Le universalidades de cosas, como un rebaño, una biblioteca, son siempre consideradas como cosas particulares y no como universalidades. »

(41) Plastara, *op. cit.*, p. 37 et s.; Gazin, *op. cit.*, p. 236 et s.; *Cazelles*,

Les auteurs en question remontent à l'origine de la distinction des universalités de fait et des universalités de droit. Ils voient cette origine dans la glose *ad L.* 1. § 8 *D. Quando de peculio.* 15. 2. qui s'exprime ainsi : *Sed peculium est universitas incorporea et juris, in qua actiones continentur; sed illud (dictum est) verum de corpore aliquo vel corporea universitate, ut equitio.* Bartole, au *Fr.* 56. *De rei vindicatione*, reprend la distinction entre *l'universitas corporum tantum* et *l'universitas corporum juris.*

Sans voir pour l'instant si cette origine n'est pas plus lointaine, sans apprécier cette doctrine, il faut noter que, de la glose précitée, on a déduit la distinction entre l'universalité de droit et l'universalité de fait de la manière suivante : La Glose vise : d'une part, le pécule, universalité juridique; d'autre part, le haras, *equitium*, universalité d'une autre nature, *universitas facti*, et relève des caractères différents pour chacune de ces deux notions. En se conformant à la portée de cette glose, l'on arrive à distinguer deux sortes d'universalités : l'universalité de fait et l'universalité de droit.

On conçoit, en effet, dit-on, qu'un ensemble de biens puisse être considéré comme un tout, soit de plein droit, *juris universitas*, soit de par la volonté de l'homme, *facti sive hominis universitas.* Comme exemples d'universalité de fait, on cite un troupeau, une bibliothèque, une apothèque, une *taberna*, etc. Les universalités de droit seraient le *peculium*, l'*hereditas*, la *dos*, la *jurisdictio.*

Les historiens faisaient traditionnellement une distinction entre les premières ou les secondes à un triple point de vue. Ils relèvent entre elles des différences quant au fon-

---

op. cit., p. 378 et s. — *Adde* auteurs cités par eux, en particulier la bibliographie donnée par Plastara, *op. cit.*, p. 37, en note.

dement, à la composition et aux effets produits par l'universalité :

1° L'universalité juridique a pour fondement la loi, *jus*, l'universalité de fait, la volonté;

2° En ce qui concerne les éléments composants des universalités, l'universalité de droit serait seule susceptible d'être composée de biens corporels et incorporels, d'avoir un actif et un passif; l'universalité de fait est *corporea*, comme dit la glose, qui voulait entendre par là qu'elle ne comprend que des éléments matériels;

3° Il n'y a que les universalités juridiques qui peuvent produire certains effets de droit, comme, par exemple, celui de donner ouverture à une *action in rem universalis* et celui qui se trouve contenu dans la maxime : *In judiciis universalibus pretium succedit loco rei et res loco pretii.*

Cette théorie, déduite de la Glose *Quando de peculio*, basait tout d'abord sa division des universalités sur le fondement initial du lien unissant respectivement leurs éléments; cette différence de fondement a servi d'explication pour assigner aux unes ou aux autres une importance considérablement différente; l'attitude des auteurs est toute de dédain pour l'universalité de fait, ravalée au rang de simple collection, alors qu'elle se nuance pour ainsi dire d'une sorte de déférence laudative pour l'universalité de droit.

D'autres fois, c'est le deuxième article de la théorie qui a été envisagé, à savoir la différence de nature des éléments composant les universalités respectives. A côté de l'interprétation ci-dessus rapportée de cette partie de la conception glosique, il s'en révèle une autre, qu'ont émise en particulier les professeurs Fadda et Bensa[42], commenta-

(42) *Diritto delle Pandette*, trad. ital. de Windscheid, *Pandektenrecht*,

teurs et traducteurs italiens des célèbres Pandectes de Windscheid, et qui présente cet intérêt qu'elle prétend donner la solution de questions pratiques actuellement discutées en droit italien et soulevées par des textes positifs du Code civil italien (43).

Ces auteurs opposent, toujours sous l'expression d'universalité de fait et d'universalité de droit, d'une part, les universalités de choses corporelles, et les universalités de droits d'autre part.

Ils exposent ainsi cette conception qu'ils tirent de la Glose : « E noi riteniamo, che sfruttando opportunamente

---

vol. I, part. II, notes des traducteurs sur le § 137, p. 433 à 512, notam. p. 440 et s.

(43) Nous visons par là les articles 694 et 707 du Code civil italien. Ils sont ainsi conçus : « Art. 694 : Celui qui, se trouvant depuis plus d'un an en possession légitime d'un immeuble, ou d'un droit réel, *ou d'une universalité de meubles*, vient à être troublé (molestato) dans ladite possession peut, dans l'année du trouble, demander à être maintenu en possession. » — Cpr. art. 604 et 614, C. civ. holl., 446 esp. « Art. 707 : à l'égard des biens meubles par leur nature et des titres au porteur, la possession produit en faveur des tiers de bonne foi l'effet même du titre. La présente disposition ne s'applique pas *aux universalités de meubles*. » Comme on le voit, le Code civil italien, dans le premier texte, tranche dans le sens de l'affirmative la question controversée en droit français de savoir si la complainte (qui correspond à l'action en maintenue italienne) peut être exercée pour protéger la possession d'une universalité de meubles, et dans le second il exclut les universalités de meubles de l'application de la maxime : « En fait de meubles, possession vaut titre », solution conforme au droit français.

L'interprétation de ces articles a donné lieu à de vives discussions dans la doctrine et dans la jurisprudence italiennes; tandis qu'une assez grande partie de la doctrine et des tribunaux entend par universalités de meubles dans ces articles les *universitates juris*, un autre groupe d'auteurs et des décisions jurisprudentielles notables soutiennent que ces articles se réfèrent, non aux universalités juridiques, mais aux universalités de fait, ou *universitates facti*, dans le sens où l'entendent les Professeurs Fadda et Bensa, et qui est précisé au texte (V. au surplus sur toute cette controverse Fadda et Bensa, *op. et loc. cit.*, p. 464 à 471, et les nombreux renvois de doctrine et de jurisprudence). — Cpr. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, part. I, p. 810-811.

l'antitesi, quale la vedemmo nella Glossa, si possa trovarvi il germe di un sano criterio di distinzione. Dalla Glossa in poi è molto comune il porre da una parte gli aggregati di cose mobili corporali, dall'altra quelli di cose mobili ed immobili, corporali ed incorporali. *Ora l'antitesi si presenta molto più accettabile quando alla universalità di cose corporali si opponga quella di diritti. Prendendo res, e cosa nel significato di cosa corporale si protrebbe così porre l'antitesi : universitas rerum, universitas jurium; complesso di cose, complesso di diritti.* Là un oggetto di diritto composto di cose mobili materiali, che secondo le idee del comune commercio costituiscono un tutto a sè, indipendente da' singoli elementi costitutivi : qui un aggregato di rapporti giuridici, relativi a più specie di cose. » (44).

Fadda et Bensa font observer que cette opposition ainsi conçue est en contradiction avec la distinction traditionnelle, aux termes de laquelle les auteurs soutiennent que la caractéristique des *universitates facti*, c'est qu'elles sont composées de choses corporelles de même nature, homogènes, tandis que les *universitates juris* ne seraient formées que d'éléments différents, hétérogènes : choses corporelles et incorporelles, mobilières et immobilières. En réalité, pour Fadda et Bensa, il en est tout autrement : les *universitates rerum* sont composées de choses mobilières corporelles qui peuvent être de nature différente, les *universitates jurium* sont composées seulement de rapports juridiques, par conséquent d'éléments nécessairement homogènes.

« Con questo criterio, avancent les savants commentateurs (45), la classificazione diventa... più razionale, perchè

---

(44) *Op. cit.*, p. 440-441.
(45) *Op. cit.*, p. 441.

si spiega benissimo un' accolta di cose corporali mobili, e una di diritti, trattandosi di quantita omogenee, mentre è uno strano amalgama il mettere tutto in un fascio mobili ed immobili, cose e diritti. »

Ce n'est pas le lieu d'apprécier ici cette classification, quel que soit son bien-fondé; dans l'exposé objectif actuel, il suffit de faire remarquer que les auteurs tirent de nombreuses conséquences pratiques de leur point de départ, conséquences présentant un intérêt d'actualité dans le droit moderne italien. L'idée essentielle mise par eux en relief est que les ensembles de biens, que ce soit les *universitates rerum* ou les *universitates jurium*, constituent des unités distinctes à maints égards de leurs éléments (46); ils reconnaissent que cette opinion est controversée; et ces controverses naissent du fait que cette opinion se base sur des textes, sur des sources historiques, dont les romanistes donnent une interprétation différente.

La Glose *quando de peculio* n'est, en effet, qu'un point de repère, un moment dans toute l'évolution qu'a subie depuis le droit romain jusqu'à nos jours dans la dogmatique (47), la notion des ensembles de biens et de leur division.

---

(46) Fadda et Bensa, *op.* et *loc. cit.*, p. 448 à 513.

(47) Ce n'est pas en effet au point de vue de l'histoire du droit que nous nous placerons *essentiellement* dans cette analyse; au regard des notions d'universalité de fait, à cette place, et d'universalité de droit, plus loin, nous ferons état des constructions juridiques que l'on a élevées sur lesdites notions au cours de l'histoire en nous efforçant de déterminer leur vraie nature, sans nous étendre sur leurs effets, et leur rôle propre dans le droit privé romain ou l'ancien droit français (Sur la distinction de la dogmatique et de l'histoire du droit, cons. Roguin, *La règle de droit*, Lausanne, 1899, p. VI et s. [Avant-propos] et p. 6 et s. [Introduction].) Néanmoins, nous rechercherons le « *point d'irruption historique* » de nos concepts tel que le déterminent les études les plus récentes des historiens.

C'est un aperçu sommaire de ces origines que nous voudrions donner; les idées ou certaines des idées que nous y trouverons seront plus tard une justification complémentaire de la solution par nous proposée, dans la synthèse que nous tenterons des éléments constitutifs et de la nature juridique de l'universalité de fait et de l'universalité de droit. Ajoutons que nous exposerons surtout ici l'origine de l'universalité de fait; pour la commodité du plan, nous réservons pour le chapitre suivant quelques développements sur l'origine propre de l'universalité de droit.

§ 2. — Les origines historiques de la notion d'universalité de fait.

Le droit romain a déjà connu des notions correspondant à l'universalité de fait (48). Les choses, disent les manuels de droit romain (49), traitant des diverses classi-

---

(48) Cons. sur la question des universalités de choses en droit romain Fadda et Bensa, *op. cit.*, p. 433 à 512, spécialement p. 440 à 483; Bonfante, *Corso di diritto romano*, 1926-1928, vol. II, sect. I, p. 100 à 132. — *Adde :* Göppert, *Ueber die Einheitliche, zusammengesetzte und gesammtsachen nach römischem Recht*, Halle, 1871; Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht. Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und in der modernen Gesetzgebung*, Halle, 1902; Cornil, compte rendu très détaillé de ce dernier ouvrage dans la *Revue de droit international et de législation comparée*, années 1907-1908; Ferrara. *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, part. 1, p. 797 et s.; Tendi, *Le universitates rerum*, Firenze, 1906; Wächter, *Ueber die Sachgesammtheiten;* Girtanner, *Die Rechtsstellung der Sache und der Eigentumsbegriff mit besonderer Rücksicht auf Sachgesammtheiten (universitates rerum). Accession und Miteigentum* (*Jahrb. f. d. Dogm.*, Bd III, p. 58 à 297). — Voir surtout p. 100 à 239 et p. 271 à 297; Baron, *Die Gesammtrechtsverhältnisse im römischem Recht*, p. 27 à 65; dans un sens critique, cons. les études de Mühlenbruch, *Ueber die sogenannte juris und facti universitates* (*Archiv. f. d. civ. Praxis*, t. XVII (1834), p. 321-379); Warnkönig, *Ueber den Begriff und die juristische Wichtigkeit der sogenannten Universitas rerum* (*Archiv. f. d. civ. Praxis*, 1828, t. XI), p. 169 à 204.

(49) Cuq. *Manuel*, 2e éd., 1928, p. 239; Girard, *Manuel*, 8e éd., par Senn, p. 269-270.

fications des choses, se divisent en choses simples, choses composées et universalités de choses, *universitates facti, universitates rerum* ou universalités de choses conçues comme une seule chose.

La base exégétique de cette trichotomie nous est fournie par le texte fondamental suivant.

D. 41. 3. *De usucapionibus et usurpationibus*, 30*pr* (*Pomponius libro trigensimo ad Sabinum*).

Rerum mixtura facta an usucapionem cujusque praecedentem interrumpit, quaeritur, tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu, et Graece ἡνωμένον (*unitum*) *vocatur ut homo tignum lapis et similia : alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod* συνημμένον (*conjunctum*) *vocatur, ut aedificium navis armarium : tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura* [non] *soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus, legio, grex.*

Qu'entendaient les Romains par l'expression « res » ou « corpora » ? Sans doute, le mot *res* est pris dans des sens différents, mais dans une acception relativement restreinte, qui est celle du texte actuel aux yeux de Bonfante (50), *res* et *corpus* sont synonymes et signifient les choses corporelles qui présentent une utilité pour l'homme et qui ont de par leur possibilité d'appropriation une valeur économique. Pour emprunter les expressions de Bonfante, la « *cosa* », la « *res* », le « *corpus* », c'est ici « *una entità esteriore, che, nella coscienza economico-sociale è isolata e concepita come oggetto a se stante* » (51).

Cet objet, constituant un tout, peut donc être une chose

(50) *Op. cit.*, p. 3 à 5.
(51) *Op. cit.*, p. 5.

simple, une chose composée ou une union idéale de choses n'en formant plus qu'une seule par leur conjonction.

Bien que ce dernier exemple nous intéresse seul directement, il n'est pas inutile de donner une idée, fût-elle sommaire, des deux premières catégories de choses (52).

Il est d'usage de définir les choses simples et les choses composées de la manière suivante : les premières constituent par elles-mêmes une unité *naturelle;* les secondes résultent d'une pluralité de choses, d'une union *artificielle* de plusieurs choses (53) dont aucune ne constitue par elle-même une unité naturelle; on parle aussi, pour les premières, d'une connexion *organique;* pour les secondes, d'une connexion *mécanique* de plusieurs choses simples (54). Abandonnant ces critères fondés plus ou moins sur les données instables ou évolutives de la physique ou de la chimie, les interprètes romanistes ont recours à un critérium, qu'ils appellent économico-social. Est une chose simple à leurs yeux ce qui présente à nos sens une continuité telle qu'elle ne paraît pas laisser place à l'existence d'un assemblage, d'une « *commissure* » quelconque; là, au contraire, où l'opinion commune n'aperçoit qu'un ensemble de choses assemblées en une seule, il y a chose composée (55).

La troisième catégorie, traditionnellement désignée par l'expression d'universalités de choses, correspond, d'après la définition de Pomponius, à des *corpora plura* [non] (56)

---

(52) Cpr. Bonfante, *op. cit.*, p. 104 à 108.

(53) Windscheid, *Pandekten*, I, § 138.

(54) Vangerow, *Pandekten*, I, § 71, p. 106.

(55) Nous faisons allusion à la doctrine de Bonfante, *op. cit.*, p. 106.

(56) Il faut certainement corriger le texte, en supprimant cette négation (correction faite par tous les pandectistes). V. en particulier Göppert, *op. cit.*, p. 53. C'est là un cas de « négation intruse » : v. C. Appleton, *Les négations intruses qu omises dans le manuscrit des Pandectes florentines*, N. R. H. 1915-1916, p. 33.

soluta, sed uni nomini subjecta, à des choses matériellement séparées, spatialement distinctes, si l'on peut dire, mais unies par la communauté de désignation verbale.

Il est impossible de donner un commentaire de cette dernière partie du texte sans examiner l'origine à laquelle il se rattache (57).

L'influence de la philosophie grecque apparaît comme décisive à la lecture de ce texte; la preuve en serait donnée, s'il était besoin, par les expressions grecques contenues dans ce passage. Plus précisément, ce texte est de source stoïcienne. Les philosophies stoïcienne et péripatéticienne étaient les deux philosophies prépondérantes à l'époque de la jurisprudence classique, mais c'était le stoïcisme qui l'emportait, non seulement dans l'éthique, mais aussi en ce qui concernait l'explication physique du monde.

D'après la doctrine stoïcienne, en effet, les principes du monde étaient au nombre de deux, tous les deux corporels dans le sens stoïcien, c'est-à-dire réels : la matière (= ὕλη ou οὐσία, en latin substantia) et l'esprit (= ἕξις, spiritus), c'est-à-dire la partie de l'âme universelle du monde (du πνεῦμα) qui est contenue dans les choses de la nature, qui constitue leur essence, qui forme l'unité de tout être particulier, parcelle du tout ou de l'univers. Et comme toute chose a un « spiritus » propre, qui est une partie de l'esprit universel, c'est au caractère de n'avoir qu'une unique parcelle de l'esprit que l'on reconnaît l'être

---

(57) Cons. Göppert, *op. cit.*, p. 1 et s.; Sokolowski, *op. cit.*, *passim;* Cornil, *op. cit.*, *passim.* — *Adde : Meisteri selectorum opusculorum maxime ad jus civile ejusque historiam pertinentium sylloge*, n° 10 de *Philosophia jurisconsultorum romanorum Stoica, in doctrina de corporibus eorumque partibus*, Goettingae, 1766; R. Monier, *Le tignum junctum*, th. Paris, 1922, p. 25 et s., p. 51 et s., p. 230 et s.

singulier; l'expression de Pomponius dans le texte précité et de Paul, au D. 6, 1, *De rei vindicatione*, 23. 5, « *uno spiritu continetur* », correspond précisément à l'expression de la philosophie stoïcienne : μιᾶ ἕξει συνέχεται (58).

La doctrine stoïcienne des choses apparaît familière aux premiers jurisconsultes de l'époque classique. Göppert et Sokolowski, dans les ouvrages précités, ont rassemblé une série de textes qui constituent, pour la littérature classique, des passages en quelque sorte parallèles à la Loi de Pomponius pour le domaine juridique et qui montrent l'origine stoïcienne de cette division tripartite (59).

---

(58) Bonfante, *Corso di diritto romano, loc. cit.*, p. 102-103.

(59) Sénèque, *Natur. quaest.*, 22; *ad Lucil. Epistol.*, 102. 6. : « Quaedam continua esse corpora, ut hominem, quaedam composita, ut navem, domum, omnia denique, quorum diversae partes, junctura in unum sunt coactae, quaedam ex distantibus, quorum adhuc membra separata sunt, tanquam exercitus, populus, senatus; illi enim, per quos ista corpora efficiuntur, jure aut officio cohaerent, natura diducti et singuli sunt. »

Sextus Empiricus (fin du IIe siècle après Jésus-Christ, in Adv., math. 7. 102).

« Ἐπεὶ δὲ τῶν σωμάτων τὰ μέν ἐστιν ἐκ συναπτομένων ὡς πλοῖα καὶ ἁλύσεις καὶ πυργίσκοι, τὰ δὲ ἐξ ἡνωμένων, ἅπερ ὑπὸ μιᾶς ἕξεως συνέχεται ὡς φυτὰ καὶ ζῶα, **τὰ δὲ ἐκ διεστώτων ὡς χοροὶ καὶ στρατιαὶ καὶ ποίμναι.**

« Quoniam autem corporum alia quidem sunt ex iis quae compinguntur, ut naves et catenae et turriculae. Alia ex unitis, quae uno habitu continentur, ut plantae et animalia. *Alia autem ex distantibus ac discretis, ut chori et exercitus et greges.* »

« τῶν τε σωμάτων τὰ μέν ἐστιν ἡνωμένα, τὰ δὲ ἐκ συναπτομένων, **τὰ δὲ ἐκ διεστώτων.** ἡνωμένα μέν οὖν ἐστὶ τὰ ὑπὸ μιᾶς ἕξεως κρατούμενα, καθάπερ φυτὰ καὶ ζῶα· ἐκ συναπτομένων δὲ τὰ ἔκ τε παρακειμένων καὶ πρὸς ἕν τι κεφάλαιον νευόντων συνεστῶτα ὡς ἁλύσεις καὶ πυργίσκοι καὶ νῆες· **ἐκ διεστώτων δὲ τὰ ἐκ διεζευγμένων καὶ [ἐκ] κεχωρισμένων καὶ καθ' αὑτὰ ὑποκειμένων συγκείμενα, ὡς στρατιαὶ καὶ ποίμναι καὶ χοροί.**

Du même auteur (9. 78 *cod. op.*) :

« Et ex corporibus alia quidem sunt unita, alia ex iis quae compingun-

Les *corpora ex distantibus* sont la traduction littérale du grec σώματα ἐκ διεστότων, doctrine stoïcienne, tout comme l'est la doctrine de l'ἡνωμένον et du συνημμένον incontestablement (60).

Göppert et Sokolowski ont étudié avec ampleur les diverses manifestations de l'influence de la philosophie hellénique sur les notions que nous venons d'envisager; le second auteur a fait état des conceptions de son devancier, mais il a insisté sur l'influence de la philosophie d'Aristote, et en particulier du concept de l'εἶδος, c'est-à-dire la forme, qui sert de substratum à la matière et qui, grâce à l'ὕλη, exprime l'être particulier.

M. Cornil résume la pensée de Sokolowski dans les termes suivants (61) : « Rien n'existe en réalité que l'idée; c'est d'après l'idée de la chose que l'apparence sensible de celle-ci est formée; l'idée est supérieure et antérieure à l'apparition sensible de la chose. Telle est une conception générale de Platon, qui se retrouve, et chez Aristote, et chez les péripatéticiens, et chez les stoïciens, encore que ces diverses doctrines philosophiques se différencient à maints égards. Les jurisconsultes classiques n'ont pas

---

tur, alia autem constantia ex distantibus ac disjunctis. Et unita quidem sunt quae ab uno continentur habitu, ut sunt plantae et animantia. Compacta autem, quae constant ex coagmentatis et ad unum spectantibus caput, ut catenae et turriculae et naves. *Ex distantibus autem constantia, quae componuntur ex disjunctis et separatis et seorsim per se subsistentibus, ut exercitus et greges et chori.* »

Adde Plutarque, *Praecepta conjugalia*, XXXIV; Achilles Tatius, *Isagoge in phaenomena Arati*, chap. XIV. Tous ces textes grecs avec leur traduction latine sont empruntés par nous à Göppert, *op. cit.*, p. 1 à 6. — V. aussi Warnkönig, étude citée in *Archiv. f. d. civ. Praxis*, t. XI, p. 171.

(60) V. sur ce point P. de Francisci, *L'azione degli elementi stranieri sullo sviluppo e sulla crisi del diritto romano* (*Archivio giuridico*, t. XCIII, 1925, p. 178; *adde* p. 157 à 201, et append. p. 202-211).

(61) *Op. cit.*, année 1907, p. 383-384.

échappé à l'influence de cette conception philosophique, qui tient l'idée pour l'élément primaire de toute chose, tandis que l'apparence sensible n'en est que l'élément secondaire. Car, pour les jurisconsultes aussi, ce qui constitue la chose ou en détermine l'individualité, c'est l'idée de la chose et non les corps matériels ou sensibles dans la réunion desquels cette idée trouve sa réalisation ».

M. Cornil analyse en particulier l'influence du stoïcisme sur les choses collectives ou *corpora quae ex distantibus constant*. Il s'exprime de la façon suivante (62) :

« Entre les différents individus qui forment le substrat de la chose collective, il n'existe aucun lien sensible, *mais ce qui unit ces corpora distantia en un seul corps*, c'est une idée ou notion d'ensemble qui trouve son expression dans la dénomination unique qui sert à désigner l'ensemble : *corpora plura* [*non*] *soluta, sed uni nomini subjecta* (Pomponius, D. 41. 3. 30). Les *c. quae ex d.* constant ont donc la nature d'idées et non de corps sensibles. Sans doute, *les corpora finita* qui forment le substrat de la chose collective peuvent toujours être envisagés comme *des corps distincts et indépendants;* rien ne s'oppose à ce qu'ils fassent individuellement l'objet d'actes juridiques, vente ou legs par exemple... Mais, d'autre part, *les « corpora distantia », ont en même temps la nature de « corpora conjuncta », c'est-à-dire qu'ils peuvent être envisagés comme englobés dans une seule idée ou notion d'ensemble*, et cette idée peut, elle-même aussi, être directement objet de droit. De même qu'on peut vendre ou promettre ou léguer des brebis, ou des chevaux, ou des esclaves, de même

---

(62) *Ibid.*, p. 387 et s.

on peut vendre ou promettre ou léguer un troupeau, ou un quadrige, ou une troupe de comédiens ou un chœur, ou un groupe de porteurs de litières... »

Les récents travaux des historiens[63] ont montré que cette influence de la philosophie grecque sur le droit romain a été quelque peu exagérée; cette influence se serait sans doute exercée sur les doctrines des jurisconsultes romains, mais elle a été, semble-t-il, beaucoup plus de forme que de fond; en d'autres termes, la philosophie grecque a contribué à « informer », dans des expressions ou classifications déterminées, des idées qui formaient déjà le fond de la pensée romaine.

Il en est ainsi, affirment ces travaux, pour les universalités de choses; il faut rejeter du domaine du droit tout d'abord des exemples non juridiques rassemblés par Pomponius, tels que le peuple ou la légion; et aussi, chez les philosophes, l'armée, le chœur, le quadrige, le sénat, etc. En outre, les Romains paraissent avoir eu une notion de l'universalité de choses beaucoup plus matérielle, matérialisée, que ne pourraient le faire croire les arguments philosophiques ci-dessus exposés.

C'est aux termes de ces considérations que l'on tend à voir dans le troupeau, ou *grex*, le seul cas vraiment certain du *corpus ex distantibus, sub uni nomini subjectum*[64]; on y ajoute seulement les autres ensembles d'êtres vivants, qui « *gregatim habentur* », comme disent les textes[65].

---

(63) Cons. les opinions quelque peu divergentes rapportées d'une part par M. de Francisci, *L'azione degli elementi stranieri sullo sviluppo e sulla crisi del diritto romano* (*Archivio giuridico*, t. XCIII, 1925, p. 157 à 201, notam. p. 167 et s., et append., p. 202-211); d'autre part, par MM. W. Kunkel, *Zeitschr. f. d. Sav. Stiftung*, t. XLVIII, p. 721, texte, p. 722, texte et note 1 et P. Bonfante, *op.* et *loc. cit.*

(64) Le troupeau (*grex*) est appelé *corpus ex distantibus* dans trois textes fondamentaux, D. 41. 3. 30; D. 6. 1. 23. 5; D. 2. 20. 18. 1.

(65) Ulp. D. 6. 1. De r. v. 1. 3; D. 32 de leg. 65. 4.

Toutes les autres applications : *familia*, *chorus*, *instrumentum fundi*, sont équivoques et la mise sur le même pied de ces objets et du troupeau est faite, par l'adjonction du terme *universitas* qui paraît avoir été inconnu des Romains ou qui est au moins ignoré à l'origine comme terme technique signifiant le *corpus ex distantibus* (66).

Le *corpus quod ex distantibus corporibus constat*, c'est donc avant tout le troupeau (*grex*); sa notion fut familière dès l'origine à des hommes adonnés, surtout dans les premiers temps, uniquement à l'agriculture; il a été facile de retrouver dans le Digeste toute une réglementation des actes juridiques dont il pouvait faire l'objet.

Le caractère unitaire du troupeau a été mis en relief dans ce passage : *esse enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus* (67). Allait-on déduire de ce passage l'idée générale que le troupeau pouvait, en tant que tel, faire l'objet de certains droits ou qu'une action pouvait être exercée spécialement sur lui ? Etait-il susceptible, envisagé comme universalité, d'usufruit, de mise en gage, de legs ? Pouvait-il exister une *vindicatio gregis* ? (68).

Des nombreux textes (69) ayant visé ces questions, les interprètes n'ont pas tiré une même réponse à donner à ces mêmes questions : les uns ont essayé de prouver que

---

(66) Pour les textes où se trouve l'expression d'universitas, cf. Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9e Auflage, léna, 1926, v° *Universitas;* pour les interpolations relatives à ces textes (*universitas = choses collectives, corpora ex distantibus*), voir Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, 7e éd., 1920, p. 233.

(67) Fragment de Julien, D. 2. 20. de leg. 1. 18.

(68) Cons. sur toutes ces questions Fadda et Bensa, *op. cit.*, p. 440 à 483.

(69) V. les références, Fadda et Bensa, *ibid.;* Bonfante, *op. cit.*, p. 115 et s., *passim.*

le *grex* était dans maintes opérations juridiques considéré comme un tout distinct de ses éléments, qu'il y avait vraiment un *ususfructus gregis*, une *vindicatio gregis* (70); les autres ont mis en avant les mêmes textes que les premiers et émis une opinion opposée (71).

Quoi qu'il en soit, il suffit de noter que les Romains ont eu, sous le couvert de la notion de *grex*, une idée plus ou moins consciente de l'universalité de fait; ils n'ont pas manqué de remarquer le caractère unitaire du troupeau; ils l'ont envisagé dans son ensemble plus ou moins distinctement des animaux qui le composent; ils ont vu dans la communauté verbale de désignation le fondement du lien unifiant ces éléments matériellement séparés et de même nature.

Ce sont les Byzantins, épris d'idéologie grecque, qui semblent avoir construit le concept d'*universitas* sur les données préexistantes du *corpus ex distantibus*.

Ce n'est, en effet, que dans un texte relatif à l'usufruit (72) que nous trouvons, accolée au troupeau, l'expression d'*universitas (id est universitatis)*, mais il a été relevé que l'on devait voir là une glose ou une interpolation byzantine. Dans le langage primitif des jurisconsultes, le mot *universitas* ne fut jamais employé pour désigner les choses collectives, telles que les *corpora ex distantibus*.

Ces constructions byzantines furent complétées par les auteurs du moyen âge, qui échafaudèrent des classifications de l'*universitas;* on vit naître l'*universitas rerum* opposée à l'*universitas personarum*, la distinction des *uni-*

---

(70) Fadda et Bensa, *op.* et *loc. cit.* On parlait aussi du *pignus tabernae*, ou hypothèque portant sur un fonds de marchandises.

(71) Avec des nuances et des atténuations, Bonfante, *op.* et *loc. cit.*

(72) D. 7. 1. de usufr. 70. 3.

versitates juris ou *jurium*, et des *universitates facti* ou *corporum*, ou *numerum*, ou *rerum*, distinction à laquelle se superposa l'*universitas facti* et *juris mixtim*, ou *mixta*.

Nous n'avons nullement l'intention de retracer l'historique de ces constructions des vieux romanistes. Nous renvoyons pour plus amples explications à un article cité en note (73), où l'on trouvera des détails très intéressants.

Les glossateurs entendirent par *universitas rerum* un *agrégat* — et dans le sens le plus large et indéfini du mot — *un agrégat de choses, de droits, d'actions même*. L'existence de cette *universitas rerum* était admise au cas de pluralité de choses particulières, ou de choses et de droits ou d'actions réunies sous un concept commun par la loi ou considérées dans leur ensemble d'après leur destination propre (74).

---

(73) Lucci (A.), *La dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale* (*Archivio giuridico*, 1904, p. 305 à 323). L'auteur indique le point de départ des constructions des glossateurs de la manière suivante : « Innanzi al multiforme uso che della espressione « universitas » fecero i giureconsulti romani, la scuola medievale si provò alla costruzione giuridica del concetto di esso, e giunse alla dottrina delle universitates rerum, com' è stata tramandata fino a noi. Ed a tale uopo la Glossa per la prima scorse un rapporto di relazione nel fatto che la corporazione era chiamata dai romani universitas come in antitesi a persona singola, ed allora il quesito che avrebbe menato alla spiegazione dell' espressione varia di universitas, fu posto ben presto come in contrapposto al singolo subietto di dritto v' ha la corporazione di piu subietti (universitas personarum), perche in contrapposto al singolo obietto di dritto (res singula) non vi dovra essere l'agregato di piu obietti (universitas), in modo che a persona singola corrisponda l'universitas personarum, ed alla cosa singola corrisponda l'universitas rerum ?

» Posto cosi il problema, la risoluzione era in esso, e cosi, se non altro, superficialmente, i dottori pottetero trovare e seguire un filo unificatore dei diversi significati attribuiti all, espressione universitas dai giureconsulti romani. » (*Op. cit.*, p. 306.)

(74) Pour donner une idée de l'ampleur de l'*universitas rerum*, ou *facti*, quant à son domaine d'application, nous citerons seulement l'exemple donné par Lucci de la *jurisdictio temporalis* dans le droit du royaume de Naples (Marino da Caramanico, Proemium alle Constitutiones Regni,

Avec le point de départ que les glossateurs ont pris, nous l'avons vu, pour leur étude des *universitates rerum*, le caractère de ces *universitates*, par analogie avec les traits assignés par eux à l'*universitas*, ou corporation, était une distinction des choses ou des droits particuliers les composant de l'ensemble formé par eux, et, en outre, l'identité de l'*universitas rerum*, malgré les changements, les augmentations ou les diminutions survenus dans sa composition. Ils donnaient comme exemples l'hérédité, le pécule, la dot, le patrimoine, le fief, le troupeau, la bibliothèque, la *taberna* (75).

Comment fut faite la distinction du tout et des parties relative aux *universitates rerum* ?

Se livrant à des commentaires sur la division tripartite des choses de Pomponius, et spécialement sur le *corpus, quod ex distantibus constat, ut corpora plura, [non] soluta sed uni nomini subjecta*, ils se font de cette catégorie une conception qui a des liens très étroits avec leur théorie sur la personnalité morale fiction; il est même curieux de relever des analogies frappantes entre les définitions données par des canonistes de la corporation et celles des glossateurs

---

p. XXXVI et s.) : « Nec credat aliquis, quod temporalis jurisdictio, utpoti rei incorporalis, sic tota non potuerit ab ecclesia separari. Nam regni concessio est *quaedam universitas facti corporalis, quae constat videlicet ex distantibus corporibus plurium civitatum, castrorum, villorum, subjectorum.* Sicut dicitur territorium, universitas agrorum. Quae facti universitas, tunquam res corporea vindicatur posseditur transit et traditur. Et ita temporalis jurisdictio, quae ipsi universitati accidit tota transit cum ea, licet per se aliter non transiret. »

(75) Lucci, *op.* et *loc. cit.*, p. 307. — Cpr. *Bartole ad L. Peculium*, D. 30.2. *de leg.*: « Universitas augmentum et diminutionem contingens.»; en parlant de la taberna ad L. 34 D. de pignor, 20, il écrit : « Apellatio tabernae refertur ad merces, est nomen universitatis, sicut grex et peculium et similia, et immo licet merces mutentur, tum eadem videtur esse taberna. » V. Glossa ad L. 34 cit.

sur les *corpora ex distantibus;* le troupeau est le plus souvent la base de ce rapprochement (76).

Tout ce mouvement d'idées se rattache, au reste, au triomphe du nominalisme, doctrine alors en faveur, qui ne voyait dans les idées générales que des abstractions sans réalité objective, des *nomina;* les jurisconsultes diront : « *Nomina juris.* ». D'un côté, la personnalité d'un groupement est tenue par eux pour fictive; ce n'est que par une certaine fiction que *l'universitas* diffère, quant à sa nature, de l'ensemble des individus qui la composent; Bartole dé-

---

(76) Nous relèverons à cet égard quelques citations curieuses que nous avons trouvées dans un ouvrage intéressant de Pierre Gillet, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique spécialement chez les décrétistes et les décrétalistes et dans le Code de droit canonique*, Malines, 1927. Cet auteur a minutieusement analysé la conception de l'*universitas*, ou corporation, au moyen âge chez les glossateurs et les canonistes; il fait observer que les glossateurs ont posé en cette matière les questions capitales : Quelle est la nature juridique de la corporation? Dans quelle mesure l'universitas s'identifie-t-elle avec l'ensemble des membres, le tout avec l'ensemble des parties? On rencontre dans leur théorie une dualité et des éléments contradictoires; avec une conscience plus ou moins grande de cette opposition, ils ont néanmoins, pour M. Gillet, aperçu le point crucial du débat, le problème des rapports du tout avec ses parties, de la collectivité avec ses membres (p. 62). Il n'est pas étonnant que cet ordre de préoccupations théoriques les ait conduits à définir l'*universitas*, ou corporation, en se référant aux conceptions émises sur les universalités de choses. Nous citons ci-après ces textes où ce rapprochement est effectué : Pillius, *Summa in Codicem*, 11. 17, n. 1 : « *Collegium est personarum plurium in corpus unum quasi conjunctio vel collectio : quod generali sermone universitas appellatur, corpus quoque vulgariter apud nos consortium vel schola.* » — Hugolinus, *Summa in D.*, 3. 4, n. 9, cités dans Gierke. *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, t. III, p. 193 : « *Universitas est plurium corporum collectio inter se distantium uno nomine specialiter eis deputato.* »

Chez les canonistes, on trouve des définitions tout à fait analogues : Hostiensis, *Summa super titulis decretalium*, Venise, 1581; *Summa de Syndico*, n. 1 : « *Universitas est collectio plurium corporum rationabilium speciali nomine attributo* »; Johannes Andreae, Glossa in c. 5, VI, 5, 11, n. 8 : « *Item universitas est plurium corporum inter se distantium uno nomine specialiter eis deputato collectio.* »; J. Andreae, *ibid.*, n. 9 : « Et ista (universitas collegium corpus) dicuntur unum non simpliciter sed aggregatione, *sicut archa est unum aggregatione et domus et grex...* »

clare : « *Et sic secundum fictionem juris universitas aliud est quam homines universitatis* », et en émettant cette affirmation, il identifie expressément cette question avec celle des universaux et rappelle le triomphe du nominalisme (77).

Conception tout à fait analogue, d'un autre côté, pour *l'universitas rerum* : l'ancienne doctrine entend par là, par opposition à la chose particulière, un *corpus fictum*, différent et distinct des composants et qui reste toujours tel pendant que les singuliers composants changent, périssent, sont remplacés, augmentent ou diminuent (78).

Un jurisconsulte de cette époque, Barbosa, dans un texte cité par le Professeur Lucci, commentant la loi de Pomponius, s'arrête sur les *corpora ex distantibus*, pour dire que le nom qui réunit les *corpora* particuliers peut être un « *collectivum nominale* » *qui secundum fictionem juris consideratur tanquam corpus quoddam separatum ab ipsis rebus* (79).

---

(77) Sur les rapports de la querelle des universaux et des théories médiévales sur la personnalité morale, cpr. Clunet, *Les associations*, t. I; Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, th. Paris, 1899, p. 68.

(78) Lucci, *op. cit.*, p. 307.

(79) Voici le texte : « Unde ultra alios ego ita explico, quod ut nomina collectiva dicantur inducere corpus illud fictum, oportet nomen tale esse quod prae se ferat quid diversum ab ipsis rebus, quas significat et non sumat ab illis nomen : aliis non bene uti corpus diversum a rebus considerari posset. Et hac ratione grex dicetur corpus fictum et universale, res sub se continens. Unde si nomen tale sit, quod non prae se ferat quid diversum a rebus, quas significat, sed magis ab ipsi nomen sumat, non inducet fictum corpus, sed potius collectivum nominale dicetur : quod ex se non inducet legatum universale, sed potius generale, ut probatur l. si ita 8 infra de auro et arg. leg. Nam illud verbum (argentum vel vestis) non significat quid diversum a rebus, quas colligit, imo ab illis sumit nomen : et ideo tunc dicetur collectivum nominale, quod legatum generale videtur inducere... Unde cum numerata pecunia nomen argenti retineat, sub argento legato continebitur. » Barbosa, *Soluto matrimonio*, etc., pars III, n. 8 (Lucci, *op. cit.*, p. 307-308).

La théorie des *universitates rerum* n'en resta pas là; avec la Glose *Quando de peculio*, déjà analysée, on vit apparaître une sous-division des universalités en *universitas facti* et *juris*, *corporea ou incorporea*, *corporis corporum*, ou *juris*, *jurium;* on fit état également d'une catégorie intermédiaire, *universitas mixta* ou *juris et facti*, qui n'a point laissé de trace chez les romanistes postérieurs (80).

Des différences furent relevées entre les deux sortes d'universalités de choses : la possibilité de la *rei vindicatio*, ou l'admission de la subrogation réelle des éléments (81); les controverses suscitées par la question du bien-fondé de ces différences n'intéressent directement que les historiens; nous ne les examinerons donc point.

Nous nous bornons à faire remarquer que les auteurs s'accordèrent en général à considérer *l'universitas facti*, germe de l'universalité de fait actuelle, comme étant susceptible de faire l'objet propre d'opérations juridiques telles que l'usufruit, le gage (82).

La notion de *l'universitas facti* ou *rerum* a ainsi traversé notre ancien droit; elle a rencontré comme applications essentielles le troupeau (cet exemple étant admis sans discussion) et le fonds de commerce (avec quelques dissidences) (83). Elle apparaît sous la forme d'éléments en principe corporels, et donc de même nature; d'ores et déjà, cette homogénéité, ce caractère identique des éléments composant l'universalité de fait est, peut-on dire, impuissant à

---

(80) Cons. Mühlenbruch et Warnkönig, *op.* et *loc. cit.*

(81) Lucci, *op. cit.*, p. 310 et s.; Bonfante, *op. cit.*, p. 115 et s.; Fadda et Bensa, *op. cit.*, p. 448 et s.; Henry, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, th. Nancy, 1912, p. 12 et s.

(82) Lucci, *ibid.*

(83) Gombeaux, *op. cit.*, p. 197 et s.

s'appliquer à toutes les hypothèses qu'embrasse notre notion, puisqu'à tout le moins le fonds de commerce comprend des éléments de nature diverse.

Le texte fondamental de Pomponius parle de choses corporelles unies par l'identité de désignation (84) : sans doute, cette désignation unique est une réalité incontestable, mais elle décrit plus qu'elle n'explique.

Quel est le véritable fondement du lien unissant les divers éléments d'une universalité de fait? La Glose *Quando de peculio* trouve ce fondement dans la volonté. Que faut-il en penser? Une opinion solidement étayée ne peut être avancée au terme d'une exposition telle que nous l'avons présentée jusqu'ici; la réponse à la question ci-dessus posée ne peut être donnée que dans une synthèse assortie d'une critique préalable : nous y parviendrons plus loin.

L'universalité de fait revêt-elle un caractère nettement individualisé et correspond-elle à un ensemble distinct des éléments qui le composent? L'examen du droit comparé ou de l'évolution historique en ce qui concerne les universalités de fait nous a démontré l'existence de solutions doctrinales ou législatives, d'interprétations tout à fait différentes au sujet de ce problème. Ces divergences ne nous empêchent nullement de nous ranger à l'opinion qui nous

---

(84) Jusqu'à nos jours, si cette définition a fait l'objet de divers commentaires, elle est toujours formulée de façon presque identique. V. Lauterbach, « *Collegium pandectarum theoricum practicum* », II, 627, lib. XXVIII, tit. I, § 1er, Tubingae, 1784 : « Universitas, qua est collectio plurium rerum inter se distantium et quae communi nomine subjectae sunt... iterum est facti et juris. Facti, quae facto hominis est constituta, et plura in se continet corpora, ut grex. Juris dicitur, quae a juris dispositione dependet, et plura quoque jura comprehendit, ut peculium filii familias vel servi. ». — Cpr. pour la formule de la définition, les expressions presque identiques également des anciens Codes suisses et allemands ou des auteurs allemands.

paraît la meilleure. Bornons-nous à dire ici que si l'universalité de fait nous est apparue parfois sous un aspect assez poussé de désintégration, si, en d'autres termes, il a été admis qu'elle manquait de cohésion ou d'individualité au point de n'être qu'une simple collection d'objets hétérogènes, matériellement séparés et non unifiés en un tout, d'autres doctrines modernes ou anciennes, le droit comparé ou surtout l'histoire sommaire mais précieuse de ses origines nous a mis parfois aussi en présence d'un concept unitaire présentant un large degré de cohésion.

La synthèse de la notion d'universalité de fait serait maintenant possible s'il ne nous fallait auparavant nous livrer à l'étude de la notion d'universalité de droit dans ses applications de technique juridique. C'est, en effet, l'opposition de ces deux notions qui fait l'objet de ce travail. L'examen du problème de la nature juridique du fonds de commerce nous a bien décelé un critère de distinction de ces deux concepts, qui paraît très satisfaisant et tout à fait exact. Mais, conformément à la méthode expérimentale, ce critère est, jusqu'à nouvel ordre, considéré par nous comme une hypothèse à vérifier. On ne peut comparer deux notions entre elles que si l'on connaît à fond leur champ d'application et leurs divers éléments constitutifs; dans les chapitres précédents, nous avons essayé de les dégager analytiquement; c'est l'effort que nous devons également fournir, c'est la même analyse que nous devons tenter pour l'universalité de droit. La solution théorique que nous proposerons ensuite aura ainsi des bases profondes dans le riche terrain de l'observation expérimentale.

CHAPITRE III

La notion d'universalité de droit : son expression-type, le patrimoine ; les théories émises sur la nature juridique du patrimoine, théorie classique d'Aubry et Rau et théorie objective ou du patrimoine d'affectation ; détermination par la comparaison de ces deux théories du trait commun essentiel assigné par elles à l'universalité de droit sous le couvert du patrimoine.

Nous avons déjà rencontré la notion d'universalité de droit spécialement à propos du problème de la nature juridique du fonds de commerce; mais elle ne faisait pas alors l'objet direct de nos préoccupations, puisqu'aussi bien nous procédions à l'analyse de l'universalité de fait. Notre but est, au contraire, à cette place d'envisager l'universalité de droit en elle-même et d'observer les solutions législatives, doctrinales ou jurisprudentielles, dont elle a suscité l'apparition.

Encore que cette notion d'universalité de droit ait sous la forme concrète du patrimoine de lointaines origines historiques [1], elle n'est apparue dans la doctrine moderne

---

(1) La notion de patrimoine n'a peut-être pas été conçue dès les origines historiques du droit; on peut admettre qu'elle suppose une certaine

française qu'avec la *théorie classique du patrimoine d'Aubry et Rau*. Le patrimoine se trouvait consacré par le Code

---

force de finesse et d'analyse; il n'est pas étonnant, dès lors, que les premiers Romains, dans l'époque primitive où les jurisconsultes, tels Ihéring, *Esprit du droit romain*, t. III, p. 110, relèvent une tendance générale vers l'extériorité, l'élément purement sensible du droit, ne l'aient pas apparement connue. MM. Girard, *Tr. élém. dr. rom.*, 8e éd., par Senn, p. 272 et s., et Cuq, *Manuel*, 1928, p. 235, et surtout note très substantielle sur ces origines d'après des travaux récents, p. 916 sur 235, montrent que la notion de patrimoine a été le résultat d'une longue évolution historique. A l'origine, à Rome, le patrimoine n'est qu'un ensemble de biens corporels; vers la fin de la République, on s'achemine à considérer le patrimoine comme une masse abstraite et changeante, dont les éléments sont envisagés en tant que valeur pécuniaire et comprennent des créances et des dettes (V. Gazin, *op. cit.*, p. 57). Ce progrès est attribué à l'organisation par le préteur d'une voie d'exécution sur les biens, la procédure de la *venditio bonorum*. Le patrimoine est dès lors, vers la fin de la République, un ensemble d'actif et de passif et non plus une collection d'objets corporels. Un autre type d'*universitas juris*, *l'hereditas*, a subi, semble-t-il, une évolution tout à fait analogue (Cons. P. Bonfante, *La successio in universum jus e l'universitas*, *in Mélanges Scialoja*, t. I, p. 549 et s.; *Scritti giuridici varii*, t. I, p. 250; *Il concetto dogmatico del eredita nel diritto romano e nel diritto moderno* (*Bull. dell Ist. di. D. R.*, 1894); *La formazione scolastica della dottrina dell' universitas*, in *Rend. del Ist. Lomb.*, 1906; Carlo Longo, *Sull' hereditas concepita come universitas. Stud. giur. in onore di Fadda*, p. 125. — *Adde* les notations de Bonfante, *Corso di diritto romano*, 1926-1928, t. II, sect. I, p. 130 à 132, et l'étude de M. Garaud, *L'in jure cessio hereditatis* (*N. R. H.*, 1922, p. 140 à 190, spécial, p. 164 à 168).

L' « hereditas » paraît n'avoir été au début qu'une collection de choses corporelles. Cicéron définit encore l'*hereditas*, la « pecunia quae morte alicujus ad quemquam pervenit jure », c'est-à-dire l'avantage pécuniaire qu'une personne acquiert légalement à la mort d'une autre. Ce n'est que plus tard que les créances et les dettes sont venues s'y ajouter, à titre accessoire. De nombreux textes conservent aux yeux des interprètes des traces de l'état du droit, où les choses corporelles seules étaient prises en considération dans une succession, et prouvent, de cette manière, l'élargissement qu'a subi la sphère du patrimoine héréditaire sous l'empire des progrès du droit.

Beaucoup d'auteurs admettent aujourd'hui l'intransmissibilité primitive des créances et des dettes héréditaires en droit romain, et il est certain, par suite, qu'à ses lointaines origines, la notion d'*hereditas* fut toute différente de celle que l'on trouve contenue dans les écrits des jurisconsultes classiques. Certains auteurs affirment qu'aux yeux de ces derniers, l'héritier était un continuateur de la personne du défunt, succédant à ses obligations actives et passives. C'est là, dit M. Garaud, une conception

civil dans des textes épars et au travers de nombreuses applications, mais il serait vain de rechercher dans les œuvres des premiers interprètes du Code civil une théorie générale de l'universalité de droit; la méthode des parti-

---

trop savante pour avoir été connue du droit primitif de Rome. « La succession héréditaire, avance-t-il, n'y est sans doute pas autre chose que la succession dans la souveraineté du groupe agnatique, et cette acquisition de puissance a pour conséquence celle du patrimoine. *C'est ainsi, croyons-nous, qu'on doit entendre les textes qui parlent de « succedere in locum et in jus »*, *p. ex. D.*, 11. 13. *De edendo*, 9. § 1, ou de « *succedere in locum defuncti* », Gaïus, 4, 34. Il ne succède pas à sa personne comme telle, mais à la position qu'elle avait. Le concept abstrait de la continuation de la personne sera fondé sur cette idée. »

Quoi qu'il en soit, on a relevé que le terme *universitas* appliqué à l'*hereuniversum jus* l'ensemble des biens héréditaires, que, pour lui, la succen étendant le concept de la *successio* même aux acquéreurs à titre particulier a créé pour les successeurs à titre universel la terminologie *successio per universitatem* ou *universitatis* ou *in universum jus*.

M. P. Bonfante note que Justinien appelle véritablement *universitas* ou *universum jus* l'ensemble des biens héréditaires, que, pour lui, la succession aux dettes dérive de l'acquisition de l'*universitas*. Il en conclut que sous Justinien, l'*universitas* héréditaire a la signification d'un patrimoine dans lequel sont comprises les dettes.

M. Bonfante ne voit là, au reste, qu'un résultat tout à fait secondaire; s'étant placé au point de vue de la pure exégèse des textes relatifs aux prétendues *universitates juris* en droit romain : l'*hereditas*, le pécule, la dot, il croit que le concept d'*universitas juris* n'a pas de raison d'être, même dans le droit de Justinien.

« Il concetto dell' universitas juris non ha ragione di essere, nemmeno nel diritto giustinianeo. Se si vuole indicare soltanto che abbiamo un complesso di diritti incentrati in un dato subbietto o destinati a un dato scopo e intendere l'universitas juris come universitas jurium, non vi ha ragione di non chiamare universitas juris qualunque complesso patrimoniale di attività e di passività, come ad esempio, il patrimonio di una società, una taberna col suo attivo e passivo, cioè un' azienda commerciale. » (*Op. cit.*, p. 132). Cette conclusion de l'éminent romaniste, basée sur des considérations historiques, est quelque peu négative; elle peut être fondée historiquement, nous ne la discutons pas de ce point de vue; mais il s'agit de savoir, et c'est ce que nous étudierons dans tout notre examen de l'universalité de droit, si précisément, à l'heure actuelle, au point de vue organique, elle n'est pas un ensemble d'actif et de passif s'opposant ainsi par la présence de passif à l'universalité de fait, comme le problème de la nature juridique du fonds de commerce nous a permis d'en formuler l'hypothèse.

sans de l'Exégèse leur interdisait l'étude, dans une construction doctrinale, des notions juridiques consacrées par le législateur, plus ou moins consciemment dans des articles séparés matériellement les uns des autres.

La substitution de la méthode synthétique à cette méthode analytique ou purement exégétique allait permettre aux éminents auteurs du *Cours de droit civil français* de tenter les premiers, dans la doctrine moderne, une élaboration de l'universalité de droit, traduite de façon typique par la nature spécifique du patrimoine.

Ce monument théorique devait faire l'objet des attaques les plus véhémentes de la part de certains auteurs qui ont prétendu, avec une conception dite théorie objective du patrimoine, élever une construction nouvelle de cette notion.

Les deux conceptions auxquelles nous venons de faire à l'instant allusion manifestèrent une opposition caractéristique sur le fondement rationnel de la notion de patrimoine. Aubry et Rau fondent le patrimoine sur l'idée de *personne, de sujet de droit;* les partisans de la thèse objective le basent sur l'idée de *but* ou *d'affectation.* L'antagonisme de ces deux théories est la manifestation au regard de ce problème de divergences doctrinales plus considérables, de l'opposition entre d'une part, le classicisme juridique, représenté par Aubry et Rau, et des nouvelles tendances que l'on a très heureusement qualifiées de romantisme juridique et qui s'inspireraient principalement de la doctrine du professeur Saleilles; il est possible de rencontrer deux traits caractéristiques de l'Ecole de Saleilles : l'hostilité contre toute systématisation et la propension à remplacer le monde des personnes par celui

des choses, dans la conception nouvelle du patrimoine ou théorie du patrimoine d'affectation (2).

Il est essentiel de remarquer qu'à l'encontre de ce qui s'est passé pour le fonds de commerce, les auteurs des théories rivales du patrimoine étaient parfaitement d'accord sur ce que j'appellerai l'identité conceptuelle du patrimoine; ils savaient fort bien qu'ils exprimaient par patrimoine universalité de droit l'ensemble des biens d'une personne, des objets de toute sorte, des créances et des dettes qu'un patrimoine est susceptible de renfermer.

La conception technique qu'ils se faisaient du patrimoine diffère sur le fondement de ladite notion; d'une part, la personne; d'autre part, l'affectation. Nous disons bien conception technique, car il est aussi abstrait ou théorique d'établir notre concept sur l'idée de personne que sur l'idée d'affectation : ce fondement doctrinal est donc un élément dualiste de technique théorique.

Toute technique doit se plier aux faits et leur être conforme; la théorie de la technique comporte dans les applications techniques, dans la pratique de la technique, le creuset où elle s'est forgée et où il est seulement possible d'éprouver sa valeur véritable.

C'est ainsi qu'il faut confronter les deux théories en question entre elles pour apercevoir le précipité que laisse le contact établi entre elles, par une observation impartiale, et confronter ensuite ce résultat résiduel avec les applications du patrimoine que l'on peut rencontrer en législation, en doctrine ou en jurisprudence. Les diver-

---

(2) Sur l'opposition du classicisme et du romantisme dans le domaine du droit, voir J. Bonnecase, *Science du droit et romantisme*, 1928; pour les tendances de l'Ecole de Saleilles, du même auteur, *Suppl. au Baudry*, t. I, nos 402 et s., et aussi *Science du droit et romantisme*.

gences théoriques se retrouvent dans les applications immédiates du patrimoine, dans l'aspect multiforme ou l'évolution que subit éventuellement ce patrimoine du vivant de son titulaire : cas où le failli est dessaisi de son patrimoine; hypothèse du patrimoine spécialisé, constitué par le patrimoine de mer de l'armateur; ou après la mort du titulaire, au cas de séparation des patrimoines ou d'acceptation bénéficiaire.

Les mêmes divergences doivent être étudiées pour les applications non point immédiates, mais médiates, en d'autres termes plus ou moins directement dérivées de la notion de patrimoine. Ces dernières applications, insuffisamment mises en relief de façon synthétique, sont susceptibles de nous montrer dans la personnalité morale, la communauté entre époux, ou l'indivision des notions rentrant dans le domaine de l'universalité de droit.

Ces recherches étant faites, il est alors possible d'effectuer un essai de synthèse et d'appréciation critique sur la conception technique que l'on doit, à notre avis, se faire à la lumière des données expérimentales, préalablement acquises par l'observation, de l'universalité de droit, en ce qui concerne surtout son fondement rationnel, et la nature spécifique des notions techniques qu'elle recouvre implicitement.

Ces recherches, dont nous venons de résumer le sens et la portée, retiendront notre attention dans les chapitres qui vont suivre. Dans le présent chapitre, nous allons brièvement analyser les deux théories en présence et en présenter un tableau comparatif.

Ces deux théories feront l'objet de deux sections :

SECTION PREMIERE

LA THÉORIE D'AUBRY ET RAU (3)

Cette théorie célèbre, absolument classique, est reproduite dans tous les manuels et traités de Droit civil contemporain. Il ne faut pas craindre néanmoins d'en résumer à nouveau la substance, afin d'exposer de façon synthétique la notion d'universalité de droit.

Le patrimoine est, pour Aubry et Rau, *l'ensemble des biens d'une personne, considéré comme formant une universalité de droit* (4). Les éminents auteurs tiennent, dès le début de leur exposé, à marquer le lien étroit qui existe à leurs yeux entre l'idée de patrimoine et celle de la personne, de la personnalité. L'idée du patrimoine, disent-ils, se déduit directement de celle de la personnalité. L'ensemble de biens, que forme le patrimoine, est soumis « au libre arbitre d'une seule et même volonté, à l'action d'un seul et même pouvoir juridique; il constitue, par cela même, un tout juridique (*universum jus*) (5).

Cet ensemble est de nature purement intellectuelle; les éléments dont il se compose revêtent le même caractère. Les éléments du patrimoine consistent dans les objets des droits civils, considérés dans leur qualité de biens, et comme ces objets ne revêtent cette qualité qu'à raison des droits

---

(3) Sources de la théorie dans Zachariæ, *Le droit civil français*, trad. Massé et Vergé, 5e éd., 1854-1860, §§ 264-273, t. II, p. 38-48; *Aubry et Rau, Cours de droit civil français*, 5e éd., t. II, § 162; t. IX, §§ 573 à 583. — Cpr. pour l'exposé de la théorie : Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine*, th. Dijon, 1911, p. 8 et s.; Plastara, *La notion juridique de patrimoine*, th. Paris, 1903, p. 57 et s.; *Traité pratique de droit civil*, de MM. Planiol et Ripert, t. III. « Les Biens », par M. Picard, p. 1 et s.; Josserand, *Traité de droit civil positif*, Paris, 1930, t. I, n° 649.

(4) Aubry et Rau, *op. cit.*, § 573, p. 333.

(5) *Op. cit.*, p. 334.

auxquels ils sont soumis envers une personne, on peut aussi, en substituant en quelque sorte la cause à l'effet, définir le patrimoine, l'ensemble des droits civils d'une personne sur des objets constituant des biens. Aubry et Rau conçoivent le bien moins comme la chose elle-même que comme une simple qualité de cette chose, c'est-à-dire l'utilité qu'elle procure à la personne et le résultat des droits dont il est l'objet. Aussi bien, concluent-ils qu'en cette qualité, les biens se ramènent tous à l'idée commune d'une valeur pécuniaire.

Ce caractère *pécuniaire* du patrimoine et des éléments qui le composent engendre des conséquences importantes, qui se résument toutes dans le caractère *fongible* de ses éléments (6). La *fongibilité* des éléments du patrimoine explique, aux yeux d'Aubry et Rau, le phénomène juridique de la *subrogation réelle*. « La subrogation réelle est, dans le sens le plus général, une fiction par suite de laquelle un objet vient en remplacer un autre pour devenir la propriété de la personne à laquelle appartenait ce dernier, et pour revêtir sa nature juridique. Le fondement de cette fiction se trouve, comme nous venons de le dire, dans la fongibilité des objets que renferme une même universalité de droit. Ces objets étant, quelle que soit d'ailleurs la diversité de leur nature constitutive, susceptibles de se remplacer les uns par les autres, il est rationnel que dans le cas où, par l'effet d'un acte emportant respectivement aliénation et acquisition, un objet sort d'une universalité de droit, il soit, en tant que formant un élément de cette universalité, remplacé par l'objet acquis. C'est cette idée qu'exprime la règle *In judiciis universa-*

(6) *Op. cit.*, p. 340 et s., § 575.

libus pretium succedit loco rei et res loco pretii... Par l'effet de la subrogation, l'objet subrogé ne vient pas seulement prendre de fait, dans l'universalité où il entre, la place qu'y occupait celui auquel il est substitué, il revêt encore, comme élément de cette universalité, la nature juridique de ce dernier : *Subrogatum sapit naturam subrogati...* D'un autre côté, la subrogation n'étant qu'une fiction fondée sur la fongibilité des éléments composant une même universalité de droit, elle ne peut s'opérer qu'entre deux objets dont l'un, ayant remplacé l'autre comme élément d'une pareille universalité, est réclamé en vertu d'un *judicium universale*. Si, au contraire, il était question de l'exercice d'une action portant, non point sur une universalité de droit ou sur les éléments qui la composent, mais sur une ou plusieurs choses particulières prises en elles-mêmes, la fiction précédemment indiquée manquerait de base et la subrogation n'aurait plus lieu de plein droit. *In judiciis singularibus, pretium non succedit loco rei, nec res loco pretii* (7). »

Il résulte de ces développements que le patrimoine dans cette conception est constitué par un ensemble de biens envisagés moins dans leur individualité matérielle que dans leur valeur pécuniaire.

Le patrimoine est l'expression d'une valeur pécuniaire. Pour déterminer la consistance de cette valeur, il faut, de toute nécessité, déclarent les auteurs de la théorie classique, déduire le passif de l'actif. Le patrimoine, universalité de droit, comprend les dettes, comme il comprend les biens, avec cette précision que « la circonstance que

---

(7) *Ibid.*, p. 340-341.

le passif surpasserait l'actif ne ferait pas disparaître l'existence du patrimoine » (8).

Le patrimoine est donc une universalité de droit en ce sens que les biens forment, en vertu de l'unité même de la personne à laquelle ils appartiennent, un ensemble juridique.

Le patrimoine étant, pour Aubry et Rau, une émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle, il en résulte que *les personnes physiques et morales peuvent seules avoir un patrimoine; que toute personne a nécessairement un patrimoine*, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien; *que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, dans le sens propre du mot* (9).

De cette union très étroite entre le patrimoine et la personnalité découlent les conséquences suivantes :

Comme la personne, du vivant de celle-ci le patrimoine dont elle est titulaire est inaliénable, sauf exceptions expressément visées par la loi. Inaliénable entre vifs, le patrimoine va-t-il être transmissible *mortis causa ?* Le patrimoine ne perd-il pas par la mort de la personne à laquelle il est indissolublement attaché le caractère d'universalité juridique qu'il avait de son vivant ?

A cette question, les éminents jurisconsultes répondent négativement, car ils maintiennent le principe romain de

---

(8) *Ibid.*, p. 336. Ces affirmations sont basées sur des textes du Digeste bien connus : « Bona intelliguntur cujusque, quæ deducto aere alieno supersunt. » (D. 50. 16. de verb. sign. 3); *Adde*, D. eod., tit. 88; et D. 37. 1. de bon. poss. 3 pr. : « Nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, in hoc loco proprie bona appellabuntur. »

(9) *Op. cit.*, p. 336.

la continuation de la personne, ce principe impliquant en théorie que le patrimoine du *de cujus* va, en principe, se confondre, droits et obligations, créances, biens et dettes liés, dans le patrimoine du successeur universel, et ayant pour corollaire l'obligation aux dettes *ultra vires* de tout successeur universel. Aubry et Rau n'ont d'ailleurs pas admis entièrement cette dernière conséquence du principe et ont fait parmi les successeurs universels des distinctions sur la base de la notion de saisine héréditaire quant à l'obligation aux dettes (10).

Au point de vue du patrimoine sujet d'obligations, Aubry et Rau insistent sur le droit de gage général qu'ont les créanciers sur le patrimoine de leur débiteur, ainsi que sur tous et chacun des biens qui s'y trouvent compris, ces créanciers, en l'absence de privilèges ou d'hypothèques, n'ayant en principe aucune préférence à réclamer pour l'acquittement de leur créance, leurs droits étant rigoureusement égaux, leur paiement obtenu au marc le franc (11).

Avec *l'inaliénabilité*, il est une autre conséquence du principe essentiel, à savoir que le patrimoine est une émanation de la personnalité, c'est son *indivisibilité*.

Comme la personne, le patrimoine est indivisible; il n'est pas susceptible, à raison de l'unité de la personne, de se partager en plusieurs universalités juridiques distinctes les unes des autres, sous réserve de certaines exceptions prévues par la loi, telles que le bénéfice d'inventaire, séparation des patrimoines, cas de retour légal des articles 351, 352, 747 et 766, biens d'un absent avec certaines distinc-

(10) *Op. cit.*, §§ 582-583, p. 372 et s.
(11) *Op. cit.*, § 579, p. 367 et s.

tions, biens compris, soit dans un majorat, soit dans un fidéicommis universel ou à titre universel; les continuateurs du Cours ont ajouté à ces exemples celui des biens réservés de la femme mariée, qui forment, depuis la loi du 13 juillet 1907, qui les a institués, soit quant aux pouvoirs que la femme a sur eux, soit quant aux dettes dont ils constituent le gage, une universalité juridique distincte du reste du patrimoine de la femme, et même, s'il y a lieu, de la communauté (12).

Mais comment concilier l'existence dans la loi de divisions du patrimoine, d'universalités juridiques distinctes du patrimoine général avec la notion d'indivisibilité qui repose sur la définition même du patrimoine ? Cette conciliation s'opère par le caractère purement intellectuel du patrimoine. Le patrimoine, étant un objet incorporel, n'est pas, en raison de sa nature incorporelle, divisible en parties matérielles ou de quotité.

Mais si le patrimoine n'est pas, comme objet incorporel, divisible en parties matérielles ou de quantité, il est cependant, comme ensemble de biens, susceptible de se partager en parties intellectuelles ou de quotité. Cette distinction sauvegarde le principe de l'indivisibilité.

Pour Aubry et Rau, le patrimoine est donc autre chose que la somme de tous les biens d'une personne, c'est un nouvel objet de droit distinct; c'est la raison d'ailleurs pour laquelle ils peuvent lui attribuer une nature purement intellectuelle.

Le patrimoine doit être indivisible comme la personne dont il est l'image et dans laquelle il s'absorbe, sauf la possibilité de l'existence d'un rapport de droit entre le

---

(12) *Op. cit.*, § 574, p. 337 et s.

patrimoine et son titulaire. Les éminents professeurs en arrivent, en définitive, à cette réserve près, à fondre véritablement les deux concepts de patrimoine et de capacité juridique (13).

Pour parler le langage des philosophes, l'on peut dire que le patrimoine est non seulement un « être », mais un « devenir », avant tout un « devenir ». C'est l'aptitude à devenir sujet actif ou passif de droit, à acquérir ou à contracter (14). Cette aptitude suffit à elle seule à constituer le patrimoine, « espèce de réservoir vide parfois de tout contenu, mais toujours susceptible de se remplir » (15). La personne n'acquiert pas son patrimoine qui constitue pour elle un bien inné, en ce sens qu'il est inhérent à sa personnalité même et que son existence n'est pas subordonnée à cette condition qu'elle possède des biens. A l'inverse, logiquement, on ne perd son patrimoine qu'en perdant avec la vie sa personnalité. C'est logique encore une fois, car autre chose est la capacité d'avoir des droits, autre chose est l'existence de ces mêmes droits, « autre est la perte du patrimoine lui-même, autre celle des biens qui se trouvent compris dans un patrimoine envisagé comme universalité de droit ».

Telle est cette célèbre théorie classique du patrimoine qui contenait l'élaboration doctrinale la plus systématique et la plus achevée qui ait jamais été tentée, relativement à la notion d'universalité de droit. Cette construction avait

---

(13) *Ibid.*

(14) Tous les auteurs font remarquer que le terme allemand « Vermögen », qui désigne le patrimoine, exprime bien cette « virtualité », cette « potentialité » du patrimoine.

(15) Cette comparaison saisissante et expressive se trouve dans la thèse de M. Vacher-Lapouge, *La notion juridique de patrimoine*, th. Poitiers, 1879, p. 56.

été présentée par Aubry et Rau comme leur explication personnelle sur le triple fondement de l'observation, du raisonnement, des dispositions législatives. Les disciples, qui vont toujours plus loin que leurs maîtres, considérèrent les résultats de ces efforts comme définitivement acquis et comme représentant désormais des éléments immanents du droit civil, des notions existant par elles-mêmes (16). Le lien si étroit, si intime, établi par la thèse classique entre le patrimoine, entre la notion d'universalité de droit d'une part et la notion de personnalité d'autre part, constituait aux yeux de ces disciples l'expression d'un dogme intangible; aussi bien l'existence de ce lien ne fut-elle point contestée, tant que dura le règne de l'exégèse, c'est-à-dire jusque vers la fin du XIX^e^ siècle. A ce moment-là, les auteurs, sous l'inspiration des méthodes nouvelles d'interprétation que M. Gény venait d'exposer magistralement, remirent, si l'on peut dire, sur le chantier les notions juridiques des plus importantes aux plus infimes.

Fatalement, la notion de patrimoine devait au premier chef attirer immédiatement leur attention. M. Gény lui-même, se livrant dans son ouvrage fondamental (17) à l'étude des constructions juridiques dont il condamnait non point l'usage, mais seulement l'abus, toucha incidemment de la sorte à la théorie classique; sans en faire une critique d'ensemble, il l'ébranla néanmoins quelque peu en paraissant mettre en doute son fondement essentiel, l'union intime entre le patrimoine et la personnalité. Ce fut le point de départ de critiques beaucoup plus sérieuses et générales, critiques qui ont trouvé leur expression dans la théorie

---

(16) J. Bonnecase, *Ecole de l'exégèse*, p. 95.

(17) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1^re^ éd., 1899, p. 126 à 129, 2^e^ éd., 1919, p. 141 à 144.

objective du patrimoine que nous allons examiner dans la deuxième section [18].

SECTION II

LA THÉORIE OBJECTIVE DU PATRIMOINE

La substance de cette théorie se dégage de monographies, de thèses de doctorat [19].

La nouvelle thèse, dans son hostilité dogmatique contre toute systématisation juridique, s'attaque à l'édifice élevé par Aubry et Rau. Elle cherche à dissocier l'idée de patrimoine, d'universalité de droit, de celle de personne, de personnalité. Ses partisans substituent l'idée de but, d'affectation, à l'idée de sujet comme point de départ de la construction juridique du patrimoine.

Nous devons faire observer que, pour la plupart de ces auteurs, l'idée d'universalité se confond avec l'idée de patrimoine. Le patrimoine est pour eux une universalité tout court; ils répudient en effet, comme nous le verrons plus tard, la distinction, à leur avis, dénuée de toute portée théorique et pratique, des universalités de droit et des universalités de fait.

Le point de départ de la théorie du patrimoine est, prétend-on, conformément à la réalité des faits, l'idée d'après laquelle *la patrimonialité est une notion juridique absolument distincte de la personnalité* [20].

---

(18) Sur ces tendances, cons. J. Bonnecase, *Science du droit et romantisme*, Bordeaux, 1928, p. 9 et s., p. 46 et s., et *passim*.

(19) V. surtout Plastara, *La notion juridique du patrimoine*, th. Paris, 1903; Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. Dijon, 1910.

(20) Plastara, *op. cit.*, p. 55-56.

Le patrimoine est un ensemble juridique constitué par la réunion d'éléments, de biens et de dettes, étroitement liés entre eux. Ce qu'il est intéressant de savoir, c'est la raison d'être de l'interdépendance de ces éléments [21].

« L'analyse objective, déclare Gazin [22], que l'on peut faire des diverses situations nous révèle la notion la plus générale, celle qui seule se retrouve dans toutes les hypothèses, dans lesquelles plusieurs biens sont regardés comme formant un tout : c'est l'idée de but. Peu importe que la similitude de but soit imposée par une communauté de nature, par la volonté de la loi ou par la volonté humaine. »

Le patrimoine ainsi conçu comprend tous les biens ayant une valeur pécuniaire, à l'exclusion des biens innés et des biens à venir. Comprendre les biens futurs dans le patrimoine est une solution qui pèche, pour Plastara, par un excès de subjectivisme. Il y aurait antinomie irréductible à faire rentrer dans un patrimoine présent des biens futurs. Le patrimoine ne comprend que les biens déjà acquis, et, corrélativement, comme contre-partie, l'ensemble des dettes qui ont trait à sa destination économique et sociale. Le patrimoine est comparé à un compte courant sans cesse ouvert où viendraient s'enregistrer sous la forme doit ou avoir tous les actes économiques qui auraient un même sujet ou une même destination juridique [23].

Pour les auteurs objectivistes, le caractère de fongibilité des éléments contenus dans le patrimoine ne doit rien à la

---

(21) Gazin, *op. cit.*, p. 259.

(22) Gazin, *op. cit.*, p. 259.

(23) Plastara, *op. cit.*, p. 67. — Cette comparaison se trouvait déjà chez Hauriou, *Leçons sur le mouvement social*, append., p. 148, et chez Jallu, *op. cit.*, p. 103.

notion de subrogation réelle; il se rencontre dans tout patrimoine, dans toute universalité (24).

Quoi qu'il en soit, pour l'instant, de ce point, il est intéressant de montrer comment la thèse objective détruit ou cherche à détruire les principes mis par Aubry et Rau à la base de leur système.

L'inaliénabilité entre vifs est contraire aux faits, si l'on ne voit aucune différence, au point de vue objectif, entre l'ensemble des biens présents et le patrimoine. N'est-il pas juste, dit-on, que celui qui, d'un ensemble dans lequel le passif et l'actif sont étroitement unis, prend l'actif, assume en même temps la charge du passif, succède au patrimoine en tant que tout, et qu'au surplus les choses se passent de

---

(24) Quitte à revenir plus tard sur la question de la subrogation réelle, nous consignons ici, comme une pierre d'attente, les développements essentiels d'une note du professeur Saleilles (S., 1894. 2. 185, sous Cour Dijon, 30 juin 1893), à propos du domaine d'application de la subrogation réelle dans les fondations. C'est une occasion pour lui d'insister sur l'importance de l'idée d'affectation, qui constitue pour lui le fondement rationnel de la notion juridique de patrimoine. Il s'exprime en effet dans les termes suivants : « C'est cette affectation, lorsque la loi l'admet, qui exige pour subsister la permanence d'un patrimoine qui lui soit consacré, et le rattachement au but qu'elle poursuit de tous les biens qui ne sont acquis qu'en vue de cette destination spéciale. Allons plus au fond et nous verrons que là où il y a affectation à un but, auquel les revenus doivent servir, les biens qui la subissent ne sont plus considérés qu'au point de vue de leur valeur pécuniaire, et que la conséquence logique, voulue par la loi du moment qu'elle accepte l'affectation elle-même, c'est que l'ensemble, dans sa valeur pécuniaire plutôt que dans les individualités qui la constituent, soit conservé au but que l'on a en vue; et alors la seule garantie de cette conservation, c'est la subrogation. Or, cette façon de concevoir tout ensemble de biens soumis à une affectation, dès qu'il s'agit d'affectation que la loi admette, ce n'est pas autre chose que la conception même de tout patrimoine, avec le caractère de fongibilité que tout le monde reconnaît aux éléments qui le composent. » Et il ajoute : « ... Le fait paraît donc acquis, fondé sur la loi, reconnu et développé par la jurisprudence : la convention est admise à créer un patrimoine formant masse à part, donc se développant par voie de subrogation, là où il y a, pour lui servir de base, une affectation à un but que la loi reconnaît et qu'elle autorise. » (*Op. et loc. cit.*, p. 187, col. 2 et 3.)

même pour une part des dettes, quand une part des biens aura été donnée ?

Pour la transmission du patrimoine à cause de mort, le principe de la continuation de la personne est rejeté comme une fiction désuète (25). La notion d'obligation s'est profondément transformée, disent les objectivistes, à l'époque moderne. A Rome, éminemment personnelle, lien de droit entre deux personnes, le créancier et le débiteur, elle est aujourd'hui complètement « patrimonialisée », indépendante de la personne du créancier ou du débiteur, comme telle, absolument transmissible (26). Inutile dès lors de conserver l'idée de continuation de la personne. L'obligation de l'héritier *intra vires*, la non-continuation de la personne, apparaissent comme des conséquences toutes naturelles de l'obligation patrimoniale.

Pour M. Cazelles, rien n'impose que le patrimoine à la mort de son titulaire soit transmis à une autre personne qui continue la personnalité du défunt. Il suffit que quelqu'un prenne les biens laissés vacants par la mort. Pour arriver à des solutions conformes au principe qui domine la succession aux biens, *Non sunt bona nisi deducto aere alieno*, il faudrait dire que, par l'expression de succession universelle, on entend ce fait seul que « les dettes sont à la charge de celui qui recueille l'ensemble des biens. Les dettes portent sur l'actif du patrimoine. Elle suivent leur gage ou,

---

(25) Cons. sur ce point : Jallu, *L'idée de continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, th. Paris, 1902, et Cazelles, même sujet, th. Paris, 1905.

(26) Cons. les thèses de MM. Gaudemet, *Essai sur le transport de dettes à titre particulier*, th. Dijon, 1898; Rigaud, *Le droit réel*, Toulouse, 1912, p. 467 et s.; — *Adde*, J. Bonnecase, *Suppl. au Baudry*, t. V, à propos de la critique de la théorie unitaire sur la distinction du droit réel et du droit de créance.

mieux, leur objet. Si l'on a voulu y voir autre chose, c'est en raison de l'acquittement des charges, mais, au fond, il n'y a pas de biens sans que les dettes qu'ils garantissent soient satisfaites... Chaque parcelle de la fortune d'un homme, en effet, répond proportionnellement des dettes qui grèvent cette fortune; par suite, tout individu qui recueille une partie quelconque du patrimoine doit être tenu proportionnellement à son émolument des charges de la succession. » (27).

Il est difficile de mieux expliquer, croyons-nous, le concept de la succession aux biens, qui résulte de cette constatation faite par les partisans de la conception nouvelle que, à la mort du débiteur, sa fortune se fixe, se solidifie en quelque sorte, l'assiette de ses dettes étant fixée une fois pour toutes.

Comme l'inaliénabilité, l'indivisibilité et l'unité apparaissent comme de vains mots aux yeux de la conception nouvelle. Les auteurs objectivistes, niant résolument l'indivisibilité du patrimoine, consacrent l'institution, d'origine allemande, du patrimoine d'affectation : une personne est libre de constituer une universalité juridique distincte du patrimoine général au moyen d'une masse de biens affectés à un but ou à une entreprise déterminés.

L'idée d'affectation admise comme vraie pour expliquer l'interdépendance des éléments composant un patrimoine va développer ses conséquences; admise pour le patrimoine, l'universalité la plus étendue, la plus parfaite, elle devait l'être également pour les patrimoines moins étendus, que l'on qualifie de patrimoines spéciaux ou spécialisés, à la

---

(27) Cazelles, *op. cit.*, p. 383; *adde*, p. 383 à 388; Jallu, *op. cit.*, p. 103 à 124.

seule différence près, de l'étendue de l'affectation; Plastara [28] et Gazin [29], insistent sur l'existence de ces « petits patrimoines »; le dernier auteur surtout étudie pratiquement leurs applications.

Le patrimoine n'a pas un caractère incorporel, il suffit de s'en tenir à l'idée toute matérielle d'un ensemble de biens et de dettes étroitement liés; il y a autant de patrimoines que d'ensembles ainsi constitués.

Nous rappelons que l'indivisibilité du patrimoine trouvait dans la théorie d'Aubry et Rau une application essentielle dans le caractère indivisible du droit des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur. En pure théorie, il n'y a aucun inconvénient à admettre avec la doctrine objective, qui consacre les patrimoines spécialisés, de nombreuses dérogations au droit de gage général, qu'ont certains créanciers sur le patrimoine général d'une personne; il pourra parfaitement arriver que les dettes qui entreront dans le patrimoine général ne grèveront point un petit patrimoine d'affectation.

Gazin note que, précisément, l'intérêt de la division de l'ensemble des biens d'une personne en plusieurs patrimoines réside dans la séparation de dettes, de créanciers, qui accompagne chaque spécialisation d'une masse de biens déterminée [30]. L'universalité de droit qui formerait le patrimoine, d'après Aubry et Rau, est donc une notion objective ainsi caractérisée.

L'universalité, dans la théorie nouvelle, se détache de la personne, surtout, observons-le à nouveau, à raison du caractère patrimonial de l'obligation et aussi de l'abandon

---

(28) *Op. cit.*, p. 68 à 97.
(29) *Op. cit.*, p. 239 à 364.
(30) *Op. cit.*, p. 363.

par cette théorie de la notion traditionnelle de sujet de droit.

A l'imitation des conceptions allemandes, le sujet de droit n'apparaît plus comme une notion correspondant à la réalité objective; pour qu'un droit existe, nul n'est besoin qu'il y ait un sujet, car les droits n'ont pas de sujet, mais seulement une destination. L'idée de but (Zweck) remplace l'idée de sujet.

Quels sont les patrimoines que le droit objectif doit protéger? La question serait facilement tranchée, déclare un auteur objectiviste, si l'on substituait à la catégorie de sujets de patrimoines l'idée de l'affectation de ces derniers (31). Les patrimoines spécialisés, que la doctrine allemande désigne du nom de patrimoines séparés (Sondervermögen) ou de celui de patrimoines à but (Zweckvermögen), sont des universalités juridiques appartenant à leur propre destination. Un but ou même un bien peuvent être sujets de droit. « Il existe des patrimoines sans sujet, c'est-à-dire des universalités de droit, ayant leur fondement dans le but dont ils poursuivent la réalisation, but qui leur sert de sujet; ces patrimoines n'ont aucun sujet ou du moins ne paraissent pas en avoir, car effectivement ce sont les biens qui les composent ou le but auquel ils sont affectés qui en jouent le rôle. » (32).

Non loin de cette thèse des patrimoines sans sujet, encore que l'auteur se défende à cet égard de toute assimilation, se situe la thèse d'objectivation absolue, soutenue par le regretté Doyen Duguit (33) sur la nature juridique du patri-

---

(31) Plastara, *op. cit.*, p. 68.

(32) Plastara, *op. cit.*, p. 71.

(33) En prononçant pour la première fois ce nom, nous adressons un souvenir ému à la mémoire de Léon Duguit, qui fut un de nos maîtres,

moine et qui n'est que le reflet de sa conception générale du droit, dont nous esquissons brièvement en note les lignes générales, afin de faire mieux saisir la conception de cet auteur relativement au patrimoine (34).

Quelle est la conséquence de cette négation des « droits » par M. Duguit au point de vue de la notion abstraite du patrimoine, de l'universalité? L'éminent auteur nous l'expose dans son *Traité de droit constitutionnel* (t. III, 2e éd., 1923, p. 296 et s., et spéc., p. 309-312) à propos du patrimoine de l'Etat. Après avoir adressé à la théorie « civilistique et subjectiviste » du patrimoine des critiques analogues à celles de MM. Gazin et Plastara (35), il en arrive à sa propre conception.

à la science duquel notre président de thèse a rendu dans son opuscule, *La science juridique française. Quelques aspects fondamentaux de l'œuvre de Léon Duguit*, Paris, 1929, le plus éloquent et le plus mérité des hommages.

(34) La conception du droit, chez L. Duguit, s'efforce de bannir du domaine juridique la notion de droit subjectif, en entendant par ce terme la notion des droits, par opposition au Droit, c'est-à-dire les prérogatives individuelles dérivant d'une règle de droit par opposition à cette règle de droit prise en elle-même.

M. Duguit voulait édifier l'organisation juridique tout entière sans qu'il soit question de titulaires quelconques de droits quelconques. Pour lui, il n'y a pas de droits; il y a seulement des situations juridiques, se traduisant activement ou passivement pour les individus, sous la forme d'un bénéfice pouvant en résulter ou d'une contrainte à subir. Celui qui bénéficie de cette situation juridique née du fonctionnement d'une règle de droit ne se voit nullement déclaré titulaire d'un droit et celui qui subit les conséquences de cette même situation juridique n'est nullement le sujet passif d'un droit. Pour la critique de ces conceptions, qui constituaient une tentative de bouleversement complet de l'ensemble du système juridique qui a prévalu de nos jours, se référer à l'étude de M. Gény, *Les bases fondamentales du droit civil* (en face de la théorie de M. Duguit, *Rev. trim.*, 1922, p. 779 et s., et spéc. p. 807 et s., étude qui est reproduite dans *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, 1924, p. 159 et s.).

(35) Cpr. Bonnard, *La conception juridique de l'Etat* (Rev. du dr. publ., 1922, p. 41 et s.), qui s'étend sur le prétendu caractère artificiel du patrimoine chez Aubry et Rau (p. 52 et s.).

Nous n'hésitons pas à donner cette citation un peu longue, car elle résume en même temps tout l'esprit et toute la substance des idées de Duguit relativement au droit privé :

« Dans ce qu'on appelle le patrimoine d'une personne, déclare-t-il (36), il n'y a pas, en réalité, autre chose que *l'affectation socialement protégée d'une certaine quantité de richesses à un but déterminé*. Cette affectation est protégée par l'ouverture des voies de droit établies par le droit objectif considéré. Une ou plusieurs volontés reçoivent du droit objectif compétence pour faire les actes qui conditionnent toute modification introduite dans la consistance de ce patrimoine et pour écarter tous les actes qui tendent à y porter atteinte. On a beau chercher dans ce qu'on appelle un patrimoine, un patrimoine quel qu'il soit, on ne trouve pas autre chose, quel que soit le but auquel il est affecté. Quand un ensemble de richesses est affecté à un but d'utilité individuelle et que cette affectation est protégée, quand c'est le bénéficiaire de cette affectation qui, d'après le droit objectif, est compétent pour faire les actes qui conditionnent la protection de cette affectation ou les modifications en plus ou en moins conformes à cette affectation, on a été amené à donner pour support à ce patrimoine la personnalité du bénéficiaire individuel, à dire que cet ensemble de richesses est soumis à un même régime juridique parce qu'il appartient à une même personne, et on a rattaché la compétence de cette personne à sa qualité de sujet patrimonial. On raisonnait ainsi parce qu'on considérait que le droit protégeait avant tout la volonté individuelle en elle-même, que, par conséquent, il ne pouvait

(36) Duguit, *op. cit.* et *loc. cit.*, p. 309-311.

y avoir de situation protégée que lorsque derrière cette situation il y avait une volonté, et parce qu'enfin, on croyait que c'était la volonté elle-même qui était la cause génératrice des effets de droit. » (37).

Après l'effort critique, M. Duguit passe à l'essai de conception, de construction personnelle :

« Mais si l'on démontre, poursuit-il alors (38)... d'une part que ce n'est pas la volonté individuelle en soi qui est protégée par le droit objectif, mais bien un certain but poursuivi; d'autre part que ce n'est pas la volonté qui est la cause créatrice de l'effet de droit, c'est-à-dire de la protection sociale accordée à certaines situations, mais que ces effets sont produits directement par l'application du droit objectif, il est complètement inutile de faire intervenir le concept de personnalité même pour expliquer le patrimoine individuel. On a beaucoup parlé de la théorie dite des patrimoines-buts. (Zweckvermögen), proposée par Von Brinz; on s'est récrié et on n'est pas allé loin de dire qu'elle était absurde, parce que c'était admettre l'existence de droits sans sujet, ce qui est inconcevable. Evidemment, on ne conçoit pas qu'un droit subjectif puisse exister sans qu'il y ait en même temps une personne qui en soit le sujet (39). Si le patrimoine est un ensemble de droits, il faut nécessairement une personne patrimoniale. Mais si le patrimoine est un ensemble de richesses affectées à un certain but, cette affectation peut être socialement protégée sans qu'il y ait une personne titulaire du

---

(37) Duguit, *op. cit., loc. cit.*, p. 309.

(38) *Ibid.*, p. 309-310.

(39) Notons que Duguit se fait du sujet de droit une conception tout à fait particulière : ce n'est plus le sujet d'un droit subjectif traditionnel, mais un sujet de droit objectif.

patrimoine. Von Brinz ne voulait pas dire autre chose, et il était dans le vrai. »

L'éloignement théorique semble bien grand entre la conception de Duguit, ci-dessus exposée, et celle d'Aubry et Rau. La notion d'universalité de droit subirait-elle l'effet de cette divergence de vues ? Elle paraît en vérité devoir succomber aux vives attaques lancées contre elle par les théoriciens objectivistes. En outre, l'opposition prétendue entre les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit n'aurait-elle aucune existence réelle ? Serait-il donc inutile, voire même impossible, en l'absence de tout élément, de toute donnée réelle, d'en élaborer la construction, ainsi que d'aucuns l'ont soutenu, comme nous le verrons plus tard ?

On peut affirmer, sous bénéfice de discussion, qu'une thèse semblable est tout à fait inexacte, et cette inexactitude apparaît immédiatement si l'on compare d'une manière synthétique les théories émises sur le patrimoine, entre lesquelles on remarque des traits communs. Et justement le trait commun aux deux conceptions de l'universalité de droit, qui est donc un des caractères théoriques de ce concept, s'oppose incontestablement à une caractéristique de l'universalité de fait, telle qu'elle se traduit dans le fonds de commerce.

Justifions tout de suite cette assertion.

TABLEAU RECAPITULATIF

DIFFÉRENCES ET RESSEMBLANCES EXISTANT ENTRE LES DEUX CONCEPTIONS DU PATRIMOINE PRÉCÉDEMMENT EXPOSÉES, ET, PARTANT, ENTRE LES DEUX CONCEPTIONS DE L'UNIVERSALITÉ DE DROIT QU'ELLES TRADUISENT

I. — Différences.

1° Au point de vue du fondement de la cohésion qui existe entre tous les éléments du patrimoine. Pour Aubry et Rau, ce fondement, c'est la personne; pour les auteurs de la thèse adverse, la communauté d'affectation.

De cette différence de fondement vont découler les autres différences.

2° Dans la théorie classique, on affirme que les personnes seules peuvent avoir un patrimoine, car seules elles ont l'aptitude à posséder des biens ou avoir des créances ou des obligations. Il n'y a aucune impossibilité pour la théorie objective à envisager l'existence de patrimoines appartenant non point à une personne quelconque, mais à leur propre destination.

3° Aubry et Rau disaient : « Toute personne a nécessairement un patrimoine; une personne n'a que des dettes, elle a néanmoins un patrimoine, sorte de réservoir, qui, une fois vide, est toujours susceptible de se remplir à nouveau; le patrimoine a une nature incorporelle; il est un et indivisible en principe. »

Ces propositions sont contestées par les objectivistes. Le patrimoine a une composition matérielle; s'il a une valeur nulle, on ne peut plus parler de patrimoine.

4° Pour Aubry et Rau, le patrimoine est inséparable de

la personne, par suite inaliénable; tant que la personne vit, il ne peut se produire aucune transmission de son patrimoine à une autre personne, elle n'en peut aliéner les éléments que l'un après l'autre; l'acquéreur entre vifs d'une universalité est un ayant cause à titre particulier non tenu des dettes, sauf cas exceptionnel. Au décès de son titulaire, le patrimoine se transmet au contraire à l'héritier, biens et dettes liés; en vertu de la continuation de la personne, le patrimoine du *de cujus* est rattaché, en tant qu'universalité, à la personne de l'héritier, dans le patrimoine duquel il se confond et s'absorbe. L'héritier est tenu des dettes *ultra vires*, c'est-à-dire même sur ses biens personnels.

Critiques très vives de la conception nouvelle contre le principe d'inaliénabilité : le patrimoine est aliénable entre vifs comme à cause de mort, en particulier en ce qui concerne la transmission *mortis causa*, consécration du principe de la succession aux biens, comportant la dévolution du patrimoine aux successeurs, tenus du passif *intra vires*, du paiement des dettes à concurrence des biens et éléments actifs à eux transmis.

II. — Ressemblances.

1° Sans doute, la thèse nouvelle de l'universalité de droit substitue l'idée de communauté d'affectation à celle de l'unité de la personne comme fondement de la cohésion unissant ses éléments; elle n'en reconnaît pas moins, par la voix de certains de ses représentants les plus éminents, ou les plus fervents, qu'un patrimoine est rattaché à une personne par quelque côté (40).

La doctrine objective se nuance ainsi d'un certain subjec-

---

(40) Gazin, *op. cit.*, notam. p. 456-457, 474-475, 447.

tivisme; la doctrine classique, à l'inverse, est objective, nous l'allons voir, dans un certain sens et dans une certaine mesure.

2° Pour les jurisconsultes de Strasbourg, le patrimoine est lié à l'idée de la personnalité, en ce sens qu'on ne conçoit pas un patrimoine sans une personne qui en soit titulaire, et, de plus, le patrimoine s'identifie avec la personne à un certain point de vue, en ce sens que le patrimoine se ramène à l'aptitude de la personne à acquérir, c'est-à-dire à un élément subjectif, la puissance économique d'une personne.

La remarque n'a pas été suffisamment faite que *ce lien entre la personne et le patrimoine existe d'après Aubry et Rau eux-mêmes, en outre dans ce sens purement objectif, observons-le, que le patrimoine comprend les biens dont, à un moment donné, cette personne est devenue titulaire.*

Le patrimoine se transmet, par exemple, au sens subjectif et intégral du terme, aux successeurs dits continuateurs de la personne, puisqu'ils sont en principe astreints au paiement indéfini des dettes; il ne se transmet, au contraire, qu'objectivement aux successeurs dits successeurs aux biens, puisqu'ils ne sont tenus du passif que dans la mesure de l'actif.

Aubry et Rau ont ainsi plus ou moins consciemment distingué la notion de patrimoine prise en elle-même d'une part, l'état ou la composition du patrimoine à un moment donné d'autre part. Le patrimoine, chez Aubry et Rau, est, avant tout, une notion subjective, un aspect de la personnalité, si l'on envisage le patrimoine abstraction faite du temps et de l'espace; mais il est aussi une notion objective si l'on considère son état à un moment donné, puisque le patrimoine se ramène pour eux à l'ensemble des biens

qu'une personne est susceptible d'acquérir de sa naissance à sa mort. Sans doute, Aubry et Rau donnent par avance une valeur au pouvoir d'acquérir d'une personne, ce que ne fait point la doctrine nouvelle; néanmoins, leur notion juridique du patrimoine est, en elle-même, objective en un certain sens.

C'est par cette distinction fondamentale de deux sens, revêtus par la notion de patrimoine dans ses relations avec la personnalité, que l'on peut concilier le principe d'indivisibilité du patrimoine avec la reconnaissance de patrimoines distincts au sein du patrimoine général d'une personne.

Une personne ne peut sans doute avoir qu'un patrimoine dans le sens propre du mot, au sens subjectif. C'est exact et ne défend pas les divisions du patrimoine, les patrimoines spécialisés, dans l'acception objective d'ensembles de biens et de dettes.

La théorie classique se nuance donc fortement d'objectivisme et se rapproche de la théorie qu'on avait prétendu lui opposer; ce rapprochement est encore plus net effectivement, comme nous allons le montrer (40 *bis*).

3° Les doctrines opposées se rejoignent en effet encore en ce qu'elles voient dans le patrimoine *un ensemble de biens envisagés dans leur valeur pécuniaire*. Si la conception moderne dénie à l'universalité de droit le caractère d'objet incorporel, revêtu d'une substance propre, elle envisage néanmoins le patrimoine comme « un tout économique dont on considère la valeur globale » (41), un tout dont chacune des parties complète les autres, de façon à assurer la valeur de l'ensemble » (42). En d'autres termes, les

---

(40 *bis*) Cpr. Bonnecase, à son *Cours de licence*.

(41-42) Citations de Henry, *Subrogation réelle*, th. Nancy, 1913, p. 336 qui prend comme synonymes dans tout le cours de son ouvrage, les termes d'universalité de droit et de patrimoine d'affectation.

deux théories affirment que, dans une universalité de droit, les éléments qui la composent ne sont pas envisagés dans leur individualité physique, matérielle, mais dans leur valeur économique, pécuniaire.

Quelle que soit pour le moment l'exactitude du fondement assigné par Aubry et Rau à certain caractère du patrimoine, à savoir la subrogation réelle, les éléments d'une universalité de droit présentent un caractère remarquable de *fongibilité*, *d'interchangeabilité*. En envisageant le côté actif de ses éléments, le patrimoine est susceptible de se renouveler dans ses éléments matériels par voie de subrogation. Le patrimoine est donc dans les deux théories un ensemble de droits interchangeables dont la valeur globale et finale s'apprécie à la mort de la personne, et la valeur présente s'apprécie, quand un créancier, à un moment donné de l'existence du patrimoine, s'attaque à lui.

4° Enfin et surtout, quand Aubry et Rau consacrent implicitement le patrimoine comme une notion objective, qu'ils admettent par exemple les divisions du patrimoine général d'une personne, le patrimoine est considéré par eux, comme par les partisans de la doctrine moderne, comme un *ensemble d'éléments actifs et passifs, inséparables les uns des autres :* à la base de toutes les universalités juridiques, dans leur existence ou dans leur transmission, on retrouve, formant ces ensembles, un actif et un passif propres, autonomes. La valeur du patrimoine s'obtient en déduisant le passif de l'actif; dans les cas où le patrimoine se transmet entre vifs, le successeur est tenu du passif qui grève les biens qui lui sont transmis; dans la transmission par décès, ces deux éléments inséparables, actif et passif, apparaissent encore plus nettement comme constituant un tout indécomposable.

Le patrimoine, nous l'avons vu, est un ensemble de droits, donc, dans la classification traditionnelle, de droits réels et de droits de créance ou obligations. Considérés entre les mains de la personne qui en profite, ces droits forment l'actif du patrimoine; considérés entre les mains de la personne qui les supporte, le passif et tous les droits patrimoniaux se répartissent dans l'une ou dans l'autre de ces catégories. Plus particulièrement, en ce qui concerne les rapports d'obligation, le patrimoine comprend à la fois des créances, côté actif du rapport, et des dettes, côté passif.

Le patrimoine présente ainsi, nous le voyons, un caractère qui se retrouve dans les deux théories ci-dessus analysées, à savoir que sa composition est faite de biens et de dettes intimement liés, d'un actif et d'un passif corrélatifs, d'une masse de biens, auxquels le sort des dettes est rattaché quant à l'existence ou à la transmission de celles-ci.

Par ce caractère théorique, l'universalité de droit, sous la forme type du patrimoine, apparaît dans une opposition manifeste avec l'universalité de fait se révélant sous la forme type également du fonds de commerce, comme un ensemble de biens divers présentant entre eux un certain lien, mais ne comportant que des éléments actifs, avec exclusion de tout passif, dans sa notion spécifique. Ce caractère se retrouve-t-il dans les applications immédiates ou dérivées du patrimoine ? C'est ce que nous allons maintenant rechercher en les étudiant successivement dans les deux chapitres suivants.

CHAPITRE IV

La notion d'universalité de droit et les applications concrètes immédiates du patrimoine.

Il n'est pas dans notre intention d'étudier de façon exhaustive toutes ces applications; le procédé de l'exemplification paraît plus satisfaisant que celui du catalogue; en tout cas, notre choix porte sur des exemples particulièrement significatifs : ce sont les cas de séparation des patrimoines, d'acceptation bénéficiaire, du patrimoine de mer et du patrimoine du failli dans la situation juridique créée par le dessaisissement.

Toutes ces hypothèses un peu disparates ont néanmoins à leur base une idée générale qui les unit; elles présentent les mêmes difficultés pour la solution d'un problème qui leur est commun, à savoir la détermination dans ces différents cas de la nature juridique du droit de gage des créanciers sur les éléments de la fortune de leur débiteur et de sa portée exacte quant à l'étendue de ce gage.

Ce problème constitue le domaine le plus important de la technique pratique du patrimoine. On se rappelle, abstraction faite de tout point de vue critique, l'intérêt essentiel que reconnaissait Gazin [1] à la création de patrimoines;

(1) Gazin, *op. cit.*, p. 363.

il disait que l'existence d'une séparation de patrimoines entraînait pratiquement une séparation de créanciers et de débiteurs, l'apparition, par suite, de masses actives et passives, dont il s'agit de déterminer l'existence et les caractères.

Séparation des patrimoines, mais sous quelles formes et avec quels effets ? Dans quelle mesure, cette séparation s'effectue-t-elle et quelle explication technique lui assigner?

Avant d'essayer de répondre à ces questions, il paraît utile de rappeler ici quelques notions ou définitions.

Il convient de remarquer qu'à l'existence d'une séparation de patrimoines se relie étroitement l'idée technique de réparation de patrimoine à patrimoine, sanction pratique de toute responsabilité contractuelle ou délictuelle (2).

Quant à l'étendue du droit de gage des créanciers, de cette responsabilité et des biens qui en garantissent l'exécution, il est d'usage de distinguer deux sortes de responsabilité : *la responsabilité personnelle et la responsabilité réelle* (3).

La première fait peser sur celui à qui elle incombe la nécessité de réparer tout le préjudice occasionné, et en même temps elle affecte à la réparation de ce préjudice les biens présents et futurs du débiteur. D'autre part, la responsabilité personnelle repose au même titre sur tous les biens indistinctement du débiteur; aucun de ses biens n'est spécialement affecté à assurer la réalisation de cette dernière obligation (V. art. 1149, 1382, 2092, 2093, 2094). Elle comporte enfin l'affectation de tous les biens, moins

---

(2) Plastara, *op. cit.*, p. 99-100.
(3) J. Bonnecase, *Tr. dr. com. mar.*, 1923, nos 442 et s.

considérés en eux-mêmes que sous la forme de la notion de patrimoine, cette dernière notion étant prise du reste au sens où l'entendent Aubry et Rau, qui l'absorbent dans la personnalité même de l'homme dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer.

Dans sa notion la plus exacte, la responsabilité réelle s'oppose à la responsabilité personnelle par les caractères suivants : 1° Un bien déterminé est affecté à la réparation du préjudice occasionné; 2° L'affectation de ce bien est faite d'une manière directe, abstraction faite de toute idée de patrimoine; 3° La nécessité de réparer le préjudice se limite dans son étendue à la valeur même du bien affecté par avance à cette réparation. Dans ce cas, nous ne serions point en présence d'une masse véritable de biens actifs et passifs; nous ne serions plus, semble-t-il, dans le domaine de l'universalité de droit.

Mais parfois la responsabilité réelle se manifeste sous des formes plus atténuées. Elle peut se présenter, par exemple, combinée avec la responsabilité personnelle ou complétée par elle; elle peut ne jouer, quant à la limitation du gage des créanciers, que vis-à-vis de certaines causes de responsabilité. Bien mieux, alors que la notion de responsabilité réelle semblerait exclusive de la notion de patrimoine et nécessairement liée à celle d'un bien déterminé, elle se concilie en certains cas avec une notion de patrimoine restreint ou plus exactement de patrimoine spécialisé ou petit patrimoine au sein du patrimoine général de la personne.

Le caractère comme le nombre de ces patrimoines varient suivant les conceptions théoriques que l'on adopte; avec la théorie classique, leur existence est admise à titre excep-

tionnel; avec la théorie objective, il y a une possibilité indéfinie de patrimoines spécialisés; il existe autant de patrimoines que d'affectations de biens; la personne n'est plus en question, seule l'affectation suffit à constituer le patrimoine; sous ces traits schématiques s'opposent les deux conceptions du patrimoine, c'est-à-dire, en définitive, la tradition française en matière de patrimoine d'une part et, d'autre part, une certaine fraction de la doctrine française moderne et la conception quasi unanime des auteurs allemands.

Nous essaierons de dégager dans certaines des hypothèses envisagées les applications de ces diverses conceptions, en montrant quelle orientation générale doit nous guider au regard du droit français organique.

Cette étude sera divisée en trois sections :

Section I. — *La séparation des patrimoines et l'acceptation bénéficiaire.*

Section II. — *Le patrimoine du failli et le dessaisissement.*

Section III. — *Le patrimoine de mer.*

SECTION PREMIERE

LA SÉPARATION DES PATRIMOINES ET L'ACCEPTATION BÉNÉFICIAIRE

La mort du titulaire auquel il est rattaché est l'accident le plus grave ou du moins le plus important que subisse le patrimoine dans son évolution; en vertu du principe de la continuation de la personne et de l'obligation *ultra vires* de l'héritier aux dettes successorales, le patrimoine de l'héritier et le patrimoine du *de cujus* sont en principe confondus.

La séparation des patrimoines et la succession bénéficiaire font obstacle à cette confusion; ils ont pour conséquence de changer considérablement la physionomie générale de la liquidation du passif héréditaire, la séparation des patrimoines permettant aux créanciers et aux légataires du défunt d'être payés par préférence aux créanciers de l'héritier, lorsque la solvabilité de ce dernier est douteuse, le bénéfice d'inventaire empêchant la confusion du patrimoine héréditaire avec le patrimoine personnel de l'héritier, et, d'autre part, conférant à celui-ci l'avantage de n'être tenu du passif qu'*intra vires successionis*.

Au reste, lorsque la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, il en résulte *ipso jure* séparation des patrimoines au profit des créanciers héréditaires. On pourrait en douter à bon droit, car le bénéfice d'inventaire a été institué au profit de l'héritier et à l'encontre des créanciers successoraux.

Comment peut-il donc en découler un résultat favorable à ces mêmes créanciers? La jurisprudence ne s'est pas arrêtée à cette objection (4). Elle n'envisage que l'effet général des deux institutions. L'une et l'autre mettent obstacle à la confusion du patrimoine héréditaire avec celui de l'héritier. *Lato sensu*, l'acceptation bénéficiaire et la séparation des patrimoines réalisent une séparation véritable de deux masses actives et passives. Cette séparation absolue de deux masses actives et passives existe théoriquement en Allemagne.

M. Percerou (5), analysant la conception de l'hérédité en droit allemand, déclare :

---

(4) Civ., 18 juin 1833, S., 33. 1. 730; 11 janv. 1882, D., 82. 1. 364, S. 84. 1. 317; 20 juin 1908, D., 08. 1. 575, S. 12. 1. 499.

(5) *Liquidation du passif héréditaire en droit comparé* (*Rev. trim.*, 1905, p. 811 à 874).

« La succession est une universalité à laquelle le *de cujus* donnait la vie. Son décès immobilise cette universalité. Il faut la fixer, la pétrifier en quelque sorte, en l'état où elle se trouvait au moment de la mort de son titulaire, arrêter à ce jour ses opérations »; et l'auteur ajoute en note : « du moins dans la mesure où la continuation de ces opérations dépasserait les besoins de la liquidation, et la liquider en cet état. »

La législation germanique connaît la succession à l'actif net.

« Toute la réglementation du droit allemand repose en somme sur cette idée fondamentale qu'au décès d'un individu son patrimoine disparaît comme facteur économique actif, mais qu'il subsiste en quelque sorte à l'état inerte comme masse distincte de biens indivis à liquider. Sur cette masse, les héritiers n'ont, jusqu'au jour où elle est apurée, aucun droit privatif individuel. C'est seulement après la liquidation et le partage terminés que l'actif net, ainsi dégagé, s'incorpore au patrimoine personnel de chaque héritier et rentre, comme élément de ce patrimoine, dans la vie économique normale. » (6).

A la succession aux biens, considérée d'un point de vue abstrait, correspond logiquement le principe de l'obligation *intra vires successionis*. M. Percerou est d'avis qu'en principe, le droit allemand reconnaît que les créanciers héréditaires ont droit et droit seulement sur la masse successorale figée à laquelle nous faisions allusion tout à l'heure. La succession est seule débitrice, non l'héritier personnellement.

---

(6) *Loc. cit.*, p. 816.

Ainsi donc, il ressort des citations précédentes l'idée générale qu'en droit allemand, existe une cloison étanche, une barrière absolue théoriquement entre les deux patrimoines, le patrimoine successoral et le patrimoine de l'héritier, à telle enseigne que M. Percerou assigne à la succession le caractère d'une personne morale (7).

Cette séparation, qui existait en droit romain (8) existe-t-elle en droit positif français actuel?

Comment se présentent à nous la succession bénéficiaire et la séparation des patrimoines?

Et d'abord *la succession bénéficiaire* (9). Observons tout de suite que notre Code offre des solutions sensiblement différentes de celles du Code civil allemand. La raison de ces différences tient dans la consécration et dans la conservation par notre droit et la majorité de la doctrine ou de la jurisprudence *du principe de la continuation de la personne*.

Quel est l'objet de l'acceptation bénéficiaire? C'est

---

(7) Percerou, *op. cit.*, p. 854, n. 1.

(8) Notre institution de la séparation des patrimoines vient de la *separatio bonorum* du Droit romain, mais elle s'est profondément transformée.

La *separatio bonorum* était une mesure collective de liquidation, en ce sens qu'elle se présentait sous la forme d'un incident de la *separatio venditio bonorum*, ou procédure de liquidation des biens de l'héritier insolvable. Les créanciers héréditaires pouvaient demander au préteur que, de la masse des biens de l'héritier insolvable aliéné par la *venditio bonorum*, on distrayât ceux du défunt pour en faire une masse particulière dont le prix leur appartiendrait en propre.

Ainsi, grâce à la *separatio bonorum*, les créanciers héréditaires étaient réputés avoir toujours comme débiteur le défunt et non le successeur; et l'on admettait même qu'ils ne pouvaient plus se faire payer sur les biens de ce dernier.

V. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 619. Ainsi se réalisait une séparation de créanciers et de patrimoines particulièrement nette.

(9) *Tr. prat. de dr. civ.* de MM. Planiol et Ripert, t. IV : « Les successions », par MM. Maury et Vialleton, nos 401 et s., p. 494 et s.

« d'offrir au successible un moyen terme, une option particulière à caractère défensif qui lui permît, tout en conservant le titre et la situation d'héritier, de protéger son patrimoine personnel contre l'incidence du passif successoral » (10). L'acceptation bénéficiaire, acceptation qualifiée, constitue « un mécanisme juridique propre à maintenir isolés et à cantonner sur un gage distinct le passif héréditaire et le passif personnel de l'héritier. Un tel résultat suppose nécessairement l'existence d'une séparation des patrimoines, dont l'idée se confond avec la notion même de bénéfice d'inventaire » (11).

Il faut s'empresser d'ajouter que l'héritier bénéficiaire, en vertu du principe de continuation de la personne, reste vraiment *héritier*. Toutes les tentatives qu'on a faites pour réduire son rôle à celui d'un administrateur ou d'un simple représentant des créanciers ont échoué, car elles procèdent d'une fausse conception de la situation de l'héritier et du bénéfice d'inventaire.

C'est, en effet, entre les mains de l'héritier et sous le signe de la propriété que les biens héréditaires sont soumis à un certain isolement. L'héritier, en d'autres termes, se trouve titulaire de deux patrimoines : le sien, son patrimoine personnel, et le patrimoine du *de cujus*, qui forme dans le sien un îlot distinct. Nous n'insisterons pas sur les conséquences de cette non-confusion de patrimoines universellement connues.

Jouant principalement en faveur de l'héritier bénéficiaire, la séparation des patrimoines inhérente à ce bénéfice met ses biens personnels à l'abri. Pour obtenir ce résultat, on interdit absolument aux créanciers de la succession toute voie d'exécution sur le patrimoine propre de l'héritier.

(10-11) *Ibid.*, p. 494.

On discute seulement sur l'étendue que comporte de façon précise l'obligation de l'héritier bénéficiaire. La question se pose en présence de la rédaction un peu ambiguë de l'article 802-1°, selon lequel l'héritier n'est tenu « du paiement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis ». L'héritier est-il obligé *pro viribus*, en sorte qu'il répondrait des dettes personnellement dans les limites des sommes qui ressortent de l'inventaire? En réalité, de l'avis de la majorité de la doctrine et de la jurisprudence, il est tenu *cum viribus*, les créanciers du défunt étant gagés exclusivement sur la succession et n'ayant aucune action sur les biens propres. Cette solution est une preuve de plus de la séparation très large des deux patrimoines dont l'héritier est titulaire.

En définitive, à quelle notion correspond la succession bénéficiaire? Certains ont voulu la rapprocher de l'obligation réelle ou *propter rem*. Pour notre part, nous croyons avec M. Bonnecase que c'est à tort, et nous nous approprions ses remarques décisives en la matière : « Avec la succession bénéficiaire, nous nous trouvons en présence, dit-il (12), d'une masse constitutive d'une universalité juridique qui renferme en elle, indissolublement unis, un actif et un passif... La masse héréditaire, surtout quand elle a fait l'objet d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire, représente excellemment et d'un point de vue statique la notion d'universalité juridique... La masse héréditaire (sous le bénéfice d'inventaire) se suffit en un mot à elle-même; elle se dissocie par le paiement du passif qu'elle porte en quelque sorte dans ses flancs, les éléments actifs correspondant à ce passif étant bien plus sous la main-

(12) *Suppl. au Baudry*, t. V, p. 399.

mise des créanciers que sous celle de l'héritier. Celui-ci assiste au fond, bien plus qu'il n'y concourt, à cette dissociation; il se contentera de recueillir les bribes de cette liquidation. Où voyons-nous dans tout cela une obligation *propter rem* ? Une liquidation et une dissociation, oui; une obligation au sens technique du terme, non. Du fait du bénéfice d'inventaire, l'héritier est convié à procéder ou à assister à un démembrement, à une distraction, c'est tout. »

Après l'acceptation bénéficiaire, envisageons la *séparation des patrimoines* (13). Marquons immédiatement la différence essentielle entre les deux situations.

La séparation des patrimoines a un caractère unilatéral; l'acceptation bénéficiaire avait un caractère réciproque; la première joue au profit exclusif des créanciers séparatistes; la seconde comporte la réglementation des dispositions protégeant harmonieusement les intérêts des créanciers héréditaires et de l'héritier bénéficiaire. Au lieu d'un droit de préférence réciproque des deux groupes de créanciers sur leur gage respectif, comme en cas d'acceptation bénéficiaire, se crée ici une préférence particulière aux ayants droit sur l'hérédité. C'est un privilège au sens usuel du mot; la question se pose de savoir si ce n'est pas aussi un privilège au sens légal. En effet, les articles 2111 et 2113 du Code civil le font figurer dans l'énumération des privilèges spéciaux sur immeubles, et formulent l'exigence d'une inscription dans la mesure où ce privilège a une assiette immobilière.

---

(13) *Traité pratique* de MM. Planiol et Ripert, t. 4 : « Les successions », par MM. Maury et Vialleton, nos 453 et s., p. 550 et s.; *eod. op.*, t. XII, par M. Becqué, nos 669 et s., p. 615 et s.; *adde* Audibert, *Essai sur la nature juridique de la séparation des patrimoines*, th. Montpellier, 1927.

Il n'est pas démontré que la séparation des patrimoines constitue un véritable privilège; des auteurs considérables n'y voient qu'un simple droit de préférence, en invoquant les travaux préparatoires du Code civil et ce fait que la séparation des patrimoines ne figure pas dans l'énumération des articles 2102 et 2103 (14).

Mais quelle est l'explication technique de ce droit de

---

(14) Planiol, Ripert et Becqué, *Traité de droit civil français*, t. XII, n° 679 : « ... Beaucoup d'auteurs dénient à la séparation des patrimoines le caractère de privilège. Ils font valoir d'abord que le Code civil n'a certainement rien voulu changer aux solutions antérieurement reçues; nos anciens auteurs étaient d'accord pour admettre le droit de préférence, mais sans droit de suite...

On ajoute qu'il y a dans le Code lui-même un texte, l'article 880, aux termes duquel la séparation peut être demandée, relativement aux immeubles, « tant qu'ils existent dans la main de l'héritier »; c'est, dit-on, la condamnation formelle du droit de suite. L'opinion adverse soutient qu'après avoir reproduit, au titre « Des successions », le système ancien, les rédacteurs du Code l'ont ensuite abandonné à l'article 2111, pour faire de la séparation des patrimoines un véritable privilège; par ce texte, la loi oblige les créanciers et légataires qui demandent la séparation à prendre une inscription dans les mêmes formes que s'ils étaient créanciers hypothécaires, et l'article porte que, par ce moyen, ils conservent leur « privilège ». Cet argument n'a qu'une force apparente. D'abord, la publicité peut parfaitement être ordonnée pour un droit de préférence, sans que ce droit constitue une véritable hypothèque; la loi du 13 mars 1855 a bien soumis à la transcription de simples baux et de simples quittances... D'autre part, il n'est pas étonnant que les auteurs de la loi aient qualifié la séparation des patrimoines de « privilège », étant donné le sens vague que ce mot avait pris peu à peu dans notre ancienne langue, où il avait fini par désigner toutes les sûretés réelles autres que les hypothèques. En tout cas, la séparation des patrimoines ne figure pas dans l'énumération des privilèges aux articles 2102 et 2103... Il ne paraît donc pas douteux qu'à s'en tenir à la tradition et aux textes du Code, la séparation des patrimoines ne devrait être qu'un simple droit de préférence. »

V. aussi, dans le même sens, Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4e éd., t. II, p. 863; J. Bonnecase, *Suppl.*, t. V, p. 740 à 744; — Cf. Audibert, *Essai sur la nature juridique de la séparation des patrimoines*, th. Montpellier, 1927. — Le mouvement s'est accentué en ce sens avec un jugement récent du Trib. civ. Versailles, 16 janv. 1930, *Sem. jur.*, 1930, p. 398. Sur cette décision importante, Voir Solus, *Jur. dr. civ.* (*Rev. trim.*, 1930, p. 417), et R. Savatier, *Jur. Succ. et Don.* (*Rev. trim.*, 1930, p. 422-424).

préférence? On peut y voir avec M. Bonnecase un privilège, car, pour lui, « un privilège n'est pas un droit, mais bien une qualité, ou mieux encore une propriété inhérente soit à un droit de créance, soit à un droit réel de garantie, propriété se traduisant invariablement par un rang spécifique de préférence » (15), et le savant professeur montre ce rang de préférence attaché à un droit réel ou à un droit de créance; en réalité, c'est toujours une créance qui est avantagée soit directement, soit indirectement. Ce point de vue est lié à une conception originale du même auteur sur la notion plus générale de droit de créance et ses multiples variétés. Nous verrons plus loin que la séparation des patrimoines apparaît comme un cas de *créance chirographaire à gage déterminé*.

SECTION II

LE PATRIMOINE DU FAILLI ET LE DESSAISISSEMENT

Nous verrons également plus loin que le dessaisissement du patrimoine du failli constitue un cas de créance chirographaire à gage déterminé. La doctrine s'est rapprochée de cette idée, mais ses formules n'avaient pas de lien avec une théorie générale sur le crédit chirographaire, dont les diverses nuances pratiques ont été synthétisées par M. Bonnecase dans des développements d'ensemble (16).

Bornons-nous à cette place à l'analyse du rôle que joue le concept de patrimoine dans cette période de la faillite et de l'évolution qu'il subit de ce chef. Trouve-t-on dans notre exemple l'existence d'un patrimoine d'affectation

---

(15) *Suppl. au Baudry*, t. V, n° 225, p. 478.

(16) *Suppl. au Baudry*, t. V, chapitre sur les créances chirographaires à gage spécialisé.

séparé de toute personnalité, ainsi que le veut la thèse objectiviste du patrimoine, d'inspiration germanique ?

C'est la conception qui est formellement consacrée *en droit commercial allemand* (17); le système consiste à « pétrifier » en quelque sorte le patrimoine actuel du failli en l'isolant complètement des droits à venir, actifs et passifs, qui peuvent naître en la personne du débiteur; au jour du jugement déclaratif, le patrimoine du failli s'immobilise et se détache de sa personne.

« Immobiliser n'est pas assez dire, déclare le Professeur Thaller dans des termes extrêmement imagés et expressifs, car toute législation, semble-t-il, s'emploie à obtenir un pareil résultat; c'est une vraie *cristallisation* de biens qu'entraîne instantanément le jugement de concours. *Le patrimoine se fige*, ou, si l'on me permet quelque autre métaphore, il vient *se photographier* avec ses éléments *actifs et passifs*, dans une chambre noire où un vigoureux fixatif le retient tout aussitôt. »

Ce patrimoine du failli tel qu'il existe au moment de la déclaration de faillite se rattache évidemment *à la théorie plus générale du droit germanique sur les patrimoines d'affectation* (18). Ce patrimoine existe en soi, sans titulaire déterminé, avec simplement une affectation à un but spécial. Adaptée à la procédure du concours, cette théorie conduit à dire, répétons-le, qu'au jour du jugement déclaratif le patrimoine du débiteur se détache de sa personne; il ne

---

(17) Thaller, *Faillites en droit comparé*, 1887, t. I, p. 342 à 373; Percerou, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. I, 1907, p. 452; M. Godin, *Du nouveau commerce entrepris par le failli pendant sa faillite*, th. Nancy, 1925, p. 77 et s.; *adde*, p. 57 à 84.

(18) C'est ce que dit expressément M. Percerou, *op. cit.*, p. 452, note 2.

passe pas du reste pour autant sur la tête des créanciers; il se constitue à l'état de masse autonome destinée à payer les créanciers; ce n'est plus le failli qui doit, c'est cette masse autonome, ce patrimoine d'affectation.

Les biens à venir forment une sorte de *patrimoine libre* (*freies Vermögen*)[19], que le débiteur affectera à ses créanciers nouveaux, et qui, le cas échéant, comportera une mise en faillite distincte de la première. Avant que le premier concours ne soit arrivé à son terme, le débiteur suspend ses paiements au regard de ses nouveaux créanciers; ceux-ci seront recevables à intenter à leur tour une demande en faillite, qu'ils dirigeront sur le patrimoine de seconde formation; la législation allemande engendre la conséquence que deux masses de créanciers vont se payer séparément sur deux masses de biens, quoique provenant d'un même individu : l'actif du débiteur est distribué en deux catégories; une muraille s'élève entre les biens antérieurs au concours et les acquisitions postérieures.

Le système français, s'il parvient parfois à des solutions analogues à celles du droit allemand, présente néanmoins avec ce dernier certaines différences : il comporte une organisation aux lignes beaucoup plus flexibles.

A partir du jugement déclaratif de faillite, le failli se trouve frappé par le dessaisissement. Il ne peut désormais ni disposer de ses biens, ni les administrer; dans sa conception générale, la faillite, avec son corollaire, le dessaisissement, immobilise le gage général, qui flottait sur le patrimoine, cette immobilisation ayant lieu pour protéger efficacement les créanciers chirographaires; la faillite a pour

---

(19) Thaller, *op. cit.*, p. 348.

but la liquidation d'un patrimoine dont on compare l'actif et le passif afin d'obtenir une relation proportionnelle, un dividende, au profit des créanciers chirographaires existant à un moment donné; c'est une sorte de voie d'exécution destinée à réaliser en leur faveur les biens possédés par leur débiteur.

Mais quelle est *la nature juridique du dessaisissement* qui constitue la mise en œuvre de cette voie d'exécution spéciale? Quel est le fondement juridique que l'on doit assigner à une institution qui paraît si difficilement explicable? Nombreuses ont été les explications proposées pour résoudre le problème de cette nature juridique.

On ne peut prétendre que le patrimoine dont le failli est dessaisi constitue un patrimoine d'affectation, une masse indépendante de toute personnalité; le failli n'est pas comparable à un propriétaire exproprié; il reste toujours propriétaire de ses biens; leur propriété ne passe pas du failli à la masse; le dessaisissement ne constitue point par ailleurs une interdiction; le failli n'est pas un interdit, puisque le syndic seul a le droit de faire prononcer la nullité des actes accomplis par le failli, à dater du jugement déclaratif de faillite.

Le dessaisissement n'est donc pas une privation de la propriété; ce n'est pas une incapacité pesant sur le failli; mais seulement une indisponibilité d'un patrimoine au profit de la masse.

Une doctrine courante (20) voit dans cette indisponibilité une accentuation de l'action paulienne de l'article 1167, une présomption légale de fraude, existant vis-à-vis des actes accomplis par le failli; cette opinion semble exagérée, car la

---

(20) Wahl, *Précis de droit commercial*, n° 2320.

nullité de ces actes à l'égard de la masse résulte simplement de ce que le failli est légalement privé de l'administration de ses biens.

D'autres auteurs ont avancé que le dessaisissement entraînait au profit de la masse la naissance d'un droit réel (21). On a objecté à cette opinion que les créanciers formant la masse sont et demeurent de simples créanciers chirographaires, jusqu'au jour, du moins, où le syndic inscrit au profit de celle-ci l'hypothèque que lui confie l'article 490 du Code de commerce. Le dessaisissement opère indépendamment de tout droit réel conféré à la masse des créanciers. Aucune disposition du Code de commerce ne fait d'ailleurs allusion à un droit réel qui existerait au profit de la masse des créanciers dans le jugement déclaratif (22).

---

(21) Thaller et Percerou, *Tr. de dr. com.*, 6e éd., 1922, nos 1702 et s.

(22) Lyon-Caen et Renault, t. VII, p. 212. — On a fait remarquer bien souvent (V. p. ex. François, *De la propriété de la provision en matière de lettre de change*, th. Bordeaux, 1930, p. 198, en note) que non seulement le dessaisissement est indépendant de l'hypothèque de la masse, mais qu'il produit des effets beaucoup plus larges. Les partisans de la théorie du droit réel, èn particulier MM. Thaller et Percerou, dans leur *Traité de droit commercial*, 6e éd., 1922, nos 1702 et s., ont dû soutenir, pour étayer leur opinion, que le dessaisissement conférait par lui-même à la masse un droit réel véritable sur les biens du failli; la thèse, bien qu'ingénieuse, nous paraît inexactement fondée. Il faut ajouter toutefois que l'idée de créance chirographaire à gage spécialisé, qui explique, comme nous le verrons, d'après nous, les effets du dessaisissement, paraît avoir été pressentie par quelques auteurs, dont MM. Thaller et Percerou eux-mêmes, lorsqu'ils déclarent que « la faillite emporte mainmise judiciaire sur l'universalité des biens, transformation *du gage imparfait en gage parfait.* » — « Le « gage imparfait », se demande M. François, *op.* et *loc. cit.*, et nous sommes d'accord avec lui, n'est-il pas le gage général, avec son étendue et sa relative fragilité, et le « gage parfait » n'est-il pas le gage fixé sur un élément du patrimoine. » Cpr. les expressions d'auteurs, comme M. Carrié, *De la masse des créanciers dans la faillite et la liquidation judiciaire*, th. Montpellier, 1926, qui parle « de droit de gage *transformé, renforcé* » (*op. cit.*, p. 31) et déclare (p. 30, *ibid.*) : « Le droit de gage des créanciers change de nature au moment de la déclaration de faillite de leur débiteur. Il entre, en quelque sorte, dans une première phase d'exécution, *il se concrétise et devient plus fort.* »

Le dessaisissement opère « comme une saisie générale s'appliquant à tous les biens du failli, mais avec des effets plus énergiques que ne le font des saisies spéciales appliquées à des biens déterminés » (23). Il met la masse à l'abri des conséquences des actes que le failli pourrait accomplir, car le gage de la masse ne peut plus, désormais, diminuer par le fait du débiteur, ni par l'arrivée de créanciers postérieurs.

On constate donc que le dessaisissement confère aux créanciers de la masse un droit spécial sur les biens du failli; le patrimoine du failli est, dès la déclaration de faillite, l'objet, de la part des créanciers, d'un droit plus fort que le gage général antérieur à cette même déclaration; qu'il nous suffise d'indiquer ici comment se présente donc analytiquement la situation; il y aura lieu plus tard de lui donner une explication technique appropriée.

Quoi qu'il en soit. *nous sommes en dehors du patrimoine d'affectation allemand, masse indépendante.* Le failli qui reste propriétaire du patrimoine faisant l'objet du dessaisissement n'est pas interdit; son aptitude juridique n'est pas absolument annihilée; il peut contracter de nouvelles dettes, inopposables à ses créanciers, mais qui n'en produisent pas moins leur plein effet à son égard. Il peut acquérir de nouveaux biens dont il n'est pas dessaisi, et qu'il administrera seul. Les articles 2092 et 2093 reprennent leur empire; il peut se former ainsi un patrimoine particulier soumis au régime de droit commun qui ne se confond pas avec le patrimoine en liquidation, placé sous la mainmise des créanciers et régi par les règles de la faillite. Le patrimoine du failli se divise donc en deux parties, en deux universalités juridiques distinctes.

---

(23) Lyon-Caen et Renault, *ibid.*

Nous sommes d'accord avec M. Godin [24] pour reconnaître que cette division du patrimoine rend parfaitement compte de la situation dans laquelle se trouve le failli exerçant un commerce nouveau.

Le failli n'est pas dessaisi de son patrimoine de formation récente, c'est-à-dire des biens qu'il a pu se procurer à l'occasion de son nouveau négoce. Il contracte seul sur ces biens; tous les actes qu'il accomplira à l'occasion de ce patrimoine seront valables à l'égard de tous, y compris la masse.

Il convient de ne pas exagérer les conséquences de cette doctrine; il ne faut pas, déclare M. Godin [25], dénier tous droits à la masse sur les biens de formation récente : « A la différence du droit allemand, les deux patrimoines ne sont pas entièrement séparés; le patrimoine récemment créé n'acquiert pas une autonomie absolue, il fait partie du patrimoine du failli. Les biens qui le composent rentrent dans le gage général de tous les créanciers, y compris les créanciers dans la masse... les articles 2092 et 2093 du Code civil exigent que les biens présents et à venir d'un même débiteur soient ainsi donnés en gage à ses créanciers. » [26].

Les créanciers dans la masse auront donc pour les protéger contre les actes de leur débiteur, les moyens ordinaires accordés aux créanciers par les articles 1166 et 1167 du Code civil pour assurer la conservation et la réalisation de leur gage, avec cette réserve que les créanciers ne pourront eux-mêmes exercer ces droits, le syndic, gardien de leurs intérêts, ayant seul ce pouvoir, par suite de la suspension des poursuites individuelles.

---

(24) *Op. cit.*, p. 79 à 82.
(25) *Op.* et *loc. cit.*
(26) *Op. cit.*, p. 80.

Nous avons ainsi analysé brièvement, mais exactement, croyons-nous, le rôle que joue le patrimoine dans son application au dessaisissement de la faillite; nous tirerons plus tard la conclusion critique que l'on doit dégager de cette étude. Pour l'instant, poursuivons avec le patrimoine de mer l'analyse de la notion d'universalité de droit dans ses applications concrètes immédiates.

SECTION III

LE PATRIMOINE DE MER

C'est à l'occasion du patrimoine de mer que nous voyons jouer les notions, auxquelles nous avons déjà fait allusion, de *responsabilité réelle* et de *responsabilité personnelle* (27).

Nous savons que la théorie classique d'Aubry et Rau englobe dans une seule universalité les biens présents et futurs d'une personne.

L'aptitude à acquérir est, au fond, bien plus que la masse des biens acquis à un moment donné, l'élément essentiel du patrimoine. C'est pourquoi la notion de patrimoine est la contre-partie de la notion de responsabilité personnelle.

Cette conception est sans doute exacte en principe, mais elle ne donne pas toujours satisfaction sous sa forme absolue à certaines nécessités professionnelles, et ne se trouve pas concorder avec des tendances qui se révèlent vivaces au sein de certaines branches du droit privé, comme par exemple le droit maritime. Le patrimoine de mer est l'institution du droit commercial maritime qui montre de façon un peu imparfaite mais certaine la tendance à la création au sein du patrimoine de patrimoines spécialisés ou d'affectation, destinés plus spécialement à concentrer sur eux les conséquences de la vie juridique et économique d'une profession.

---

(27) V. *supra*, p. 37, note 17.

Nous désirons surtout montrer que le patrimoine de mer est essentiellement un ensemble de biens actifs et passifs, qu'il existe en la matière une séparation relative, mais certaine, de créanciers et de patrimoines (28).

Pour que l'ensemble des biens communément dénommé patrimoine de mer ou fortune de mer eût correspondu parfaitement à la double notion de patrimoine et de patrimoine spécialisé ou d'affectation, il aurait fallu : 1° que tous les biens affectés par l'armateur au commerce de mer fussent englobés dans un seul patrimoine de mer constitutif d'une universalité; 2° que seuls les créanciers dont le droit serait né à l'occasion du commerce de mer eussent action sur ce patrimoine; 3° que de plus ces créanciers n'eussent action que sur ce patrimoine à l'exclusion des autres biens, c'est-à-dire du patrimoine général de l'armateur.

Dans la *législation allemande*, on trouve réalisée la conception du patrimoine de mer dans cette forme la plus parfaite; le patrimoine de mer est dominé d'une façon, peut-on dire, exclusive par la notion d'une responsabilité réelle dans le vrai sens du terme (29).

En Angleterre, au contraire, on se trouve en présence de la conception de la responsabilité personnelle limitée d'après une base déterminée, bien plus qu'en présence de la notion de patrimoine de mer et de responsabilité réelle; néanmoins, à la base de cette responsabilité personnelle limitée, on retrouve au fond, si l'on examine la situation sérieusement, l'influence de la notion de responsabilité réelle (30).

---

(28) V. sur cette institution du patrimoine de mer, les développements de M. Bonnecase, *Tr. dr. com. mar.*, 1923, nos 442 et s., dont nous résumons ici la substance.

(29-30) J. Bonnecase, *op. cit.*, nos 464 *bis* et s., p. 479 et s., et auteurs cités par lui.

Le système français, relativement au patrimoine de mer, traduit, nous l'allons voir, une conception *intermédiaire*.

Sur le point de savoir si les biens affectés par l'armateur au commerce de mer sont englobés dans un seul patrimoine de mer constitutif d'une universalité, en d'autres termes, sur la signification et la portée de l'article 216 du Code de commerce, il y a divergence d'opinions. Une grande partie de la doctrine penche pour la responsabilité personnelle de l'armateur avec possibilité de la limiter par l'abandon; ces auteurs (31) tendent à rendre, sur la base de l'article 1384 du Code civil, l'armateur indéfiniment responsable des faits du capitaine. Pour M. Bonnecase, dont nous partageons l'avis, il faut examiner la situation en fait : le propriétaire du navire ne répond pas des agissements de son capitaine, au delà de sa fortune de mer. L'article 216 du Code de commerce fait échec à l'article 2092 et indirectement seulement à l'article 1384, qui en est une application. Autrement dit, l'article 216 substitue pratiquement, du chef des préposés, la responsabilité réelle de l'armateur à sa responsabilité personnelle.

« La fortune de mer, écrit M. Bonnecase (32), constitue un patrimoine d'exécution indépendant; les créanciers ont le droit de le faire vendre dans la mesure même de leurs créances, mais le surplus des biens demeure, une fois les créanciers payés, à l'armateur. »

La fortune de mer, telle qu'elle apparaît composée dans l'abandon : navire, fret, créances de remplacement, dans

---

(31) Cons. sur la question : Ripert, *Droit maritime*, 3e éd., t. II, 1929, p. 181 et s., nos 1228 et s.; Prodromidès, *Des restrictions légales à la responsabilité des propriétaires de navires à raison des actes et des faits du capitaine et des gens de l'équipage*, th. Paris, 1919 (bibliographie placée en tête de l'ouvrage).

(32) *Op. cit.*, p. 497.

lesquelles joue la subrogation réelle, serait un ensemble de biens, un patrimoine spécialisé, si ce caractère ne se trouvait altéré par l'attraction du navire sur ledit patrimoine. Il y a une séparation de dettes et de créances relative à un bien individualisé.

Nous ne nous appesantirons point sur le droit de suite des créanciers de l'armateur en général, dans lequel notre président de thèse voit une preuve de la théorie du créancier ayant cause à titre particulier, mais nous nous efforcerons de préciser les rapports qui s'établissent entre les créanciers maritimes et les créanciers terrestres de l'armateur sur la fortune de mer.

Si l'on admet l'explication du droit de suite des créanciers chirographaires sur le navire par la notion d'ayant cause à titre particulier, on soutient que c'est un droit de créance portant sur un gage individualisé, un bien concret, le navire. Mais il ne faut pas oublier que le Code de commerce et les lois postérieures ont établi sur le navire de très nombreux privilèges, dont on trouvera la liste dans les articles 191 et 192 du Code de commerce.

Tous les privilèges consacrés par l'article 191 du Code de commerce sont relatifs à des créances nées à l'occasion de l'expédition maritime, et, d'autre part, ils sont très nombreux.

« Cette double constatation s'explique aisément, remarque M. Bonnecase, si on songe que l'institution du droit de suite des créanciers chirographaires, en matière maritime, est bien plus la conséquence logique de la notion du créancier ayant cause à titre particulier que des notions de patrimoine de mer et de responsabilité réelle calquée sur ce patrimoine de mer. C'est pourquoi il a eu recours à la consécration de nombreux privilèges sur le navire,

n'osant sans doute pas déclarer nettement que le gage du navire appartenait aux créanciers maritimes avant d'appartenir aux créanciers terrestres. De la sorte, sur la base du privilège, la plupart des créanciers maritimes passent avant les créanciers terrestres dans la distribution de la valeur du patrimoine de mer. » (33).

Non seulement les privilèges maritimes aboutissent en fait, suivant le vœu de la loi, à donner sur la fortune de mer un rang de préférence aux créanciers chirographaires maritimes sur les créanciers chirographaires terrestres, mais ils assurent encore l'organisation du patrimoine de mer, en donnant la préférence aux créanciers privilégiés maritimes sur les créanciers privilégiés terrestres, c'est-à-dire les créanciers munis de l'un des privilèges généraux du droit civil.

Il n'existe pas, en effet, que des privilèges maritimes sur le navire; à côté d'eux, le Code consacre expressément d'autres privilèges maritimes, par exemple le privilège du fréteur sur les marchandises transportées (art. 280, 307, 308), le privilège du chargeur à la grosse sur le chargement (art. 320), de l'armateur sur les marchandises en matière d'avaries communes (art. 428), etc...

Plusieurs de ces privilèges ne sont pas autre chose que l'adaptation au droit maritime de certains privilèges du droit civil, à preuve les privilèges consacrés par l'article 191 sous les n^{os} 4, 5, 6, 7, 8. Nous sommes ici, disons-le en passant, avec cette matière des privilèges dans le particularisme du droit commercial maritime pris sous sa forme essentiellement relative (34). Cela est si vrai qu'il n'y a

---

(33) *Op. cit.*, p. 476-477, n° 462.

(34) J. Bonnecase, *Le particularisme du droit commercial maritime*, 2^{e} éd., 1931.

même pas que des privilèges maritimes, déclare M. Bonnecase (35), c'est-à-dire des privilèges exclusivement consacrés par la loi maritime. Les privilèges du droit civil portent eux aussi sur le navire sans avoir besoin d'être consacrés par le Code de commerce. La question n'est pas controversée pour les privilèges généraux, puisque, aux termes de l'article 2101 du Code civil, ils portent sur tous les biens du débiteur. Mais cela est également exact pour les privilèges mobiliers spéciaux dans la mesure où ils peuvent s'appliquer aux choses maritimes. De la sorte est née la question de savoir quel est le rang des privilèges maritimes par rapport aux privilèges terrestres.

La logique des choses nous semble imposer, comme à M. Bonnecase, auquel nous empruntons ce passage, de consacrer la priorité des privilèges maritimes sur les privilèges terrestres. Il doit d'autant plus en être décidé ainsi que certains privilèges (art. 271, art. 280, 320 C. com.) sont déclarés par le législateur porter sur le fret en même temps que sur le navire. Ces textes peuvent apparaître à juste titre aux yeux de l'interprète comme le corollaire nécessaire d'un principe sous-entendu dans l'art. 191, à savoir que les privilèges sur le navire sont en réalité des privilèges sur le patrimoine de mer et par suite priment sur ce patrimoine, sans discussion possible, les privilèges terrestres.

Pour les mêmes raisons, en matière d'abandon du navire et du fret, il faut donner le pas aux créanciers abandonnataires sur les créanciers terrestres. Le fait de l'abandon a pour résultat de resserrer le lien entre le droit des créanciers abandonnataires et la fortune de mer. Ces créanciers

---

(35) *Op. cit.*, n° 756 *bis*, p. 674-675.

sont pour ainsi dire saisis des éléments de cette fortune, à l'encontre des créanciers terrestres. Mais dans l'état actuel de notre législation, cela n'est exact que vis-à-vis des créanciers terrestres non munis de privilèges sur le navire.

Nous arrêtons là les quelques explications que nous voulions fournir sur la fortune de mer. L'exemple du patrimoine de mer nous permet de constater la consécration, sous une forme à vrai dire imparfaite, mais réelle, par le droit positif français, d'un patrimoine spécialisé ayant ses créances et ses dettes, comprenant un actif et un passif plus ou moins distincts du patrimoine général de l'armateur. Ne serions-nous pas transportés ainsi aux antipodes de la théorie d'Aubry et Rau? Le droit français positif ne serait-il pas l'expression en la matière de la théorie germanique du patrimoine d'affectation? Une partie de la doctrine française, surtout au début de ce siècle, n'a pas hésité, nous l'avons vu, à l'affirmer catégoriquement. Cette affirmation, qui était certes étayée par les tenants de cette conception sur l'appui des précédentes applications immédiates, l'était surtout sur les notions plus ou moins directement dérivées du patrimoine, sur les masses universelles complexes que l'on peut retrouver au sein des notions de personnalité morale, d'indivision, de communauté entre époux. Avant de donner un aperçu critique de ces affirmations ci-dessus signalées et d'en apprécier le bien-fondé, ce sont ces dernières notions qu'il convient d'analyser en fonction de l'universalité de droit et du mouvement doctrinal et jurisprudentiel auquel a donné lieu à l'époque moderne le problème particulièrement ardu et difficile de leur nature juridique et de leur fondement rationnel.

CHAPITRE V

La notion d'universalité de droit telle qu'elle se dégage des notions dérivées du patrimoine : personnalité morale, indivision, communauté entre époux.

La construction technique du patrimoine s'est trop souvent arrêtée dans la doctrine à ses applications immédiates; la notion de patrimoine, partant celle d'universalité de droit, se trouvait, semble-t-il, limitée à cette unique bien qu'importante application; la compréhension du concept d'universalité de droit était, à vrai dire, de la sorte insuffisamment déterminée.

N'y aurait-il point, dit-on, des hypothèses où se rencontrerait encore ladite notion? La personnalité morale ne comprendrait-elle pas, sous son aspect patrimonial, l'existence ou la reconnaissance d'une masse de biens, de créances et de dettes, d'actif et de passif? Quelle traduction technique faudrait-il forger pour « informer » cette masse active et passive?

Dans les hypothèses fréquentes où plusieurs personnes se trouvent dans l'indivision, dans l'indivision héréditaire en particulier, les biens communautaires ne formeraient-ils pas une masse unique de même nature? A quels résultats de technique juridique aboutissent sur ce point la doc-

trine et la jurisprudence considérées en elles-mêmes ou surtout dans leur évolution?

Ne se traduisent-ils point dans l'existence de cette masse d'éléments actifs et passifs? Dans l'affirmative, à quelle théorie du patrimoine rattacher cette masse?

Pour la communauté conjugale, les mêmes observations expérimentales puisées dans les mêmes sources, loi, doctrine ou jurisprudence, n'aboutissent-elles pas à des résultats identiques au regard des problèmes déjà soulevés par les notions de personnalité morale ou d'indivision?

La mise en œuvre du patrimoine dans son application à ces notions capitales du droit se faisait traditionnellement sous le signe de la distinction bipartite de la personnalité morale et de l'indivision, suffisantes pour assurer parfaitement cette mise en œuvre. Mais un mouvement né vers la fin du XIXe siècle prétendit cette distinction insuffisante et mal fondée; certains auteurs mirent en avant une notion empruntée aux traditions germaniques : la notion de Gesammte Hand ou de propriété collective. Pour les uns, cette notion se situait entre les deux autres (1); pour certains, elle tendait irrésistiblement à les absorber (2).

Nous allons voir dans trois sections les rapports qui existent respectivement entre la notion d'universalité de droit-type ou patrimoine et ses formes dérivées diversement comprises telles qu'elles se dégagent de la personnalité morale, de l'indivision ou de la communauté entre époux.

---

(1) Josserand, *Essai sur la propriété collective*, dans le *Livre du centenaire du Code civil*, t. I, p. 357 et s.

(2) Ricol, *La copropriété en main commune (Gesammte Hand) et son application possible au droit français*, th. Toulouse, 1907.

SECTION PREMIERE

LA PERSONNALITÉ MORALE

Le problème millénaire si controversé de la personnalité morale se résout en définitive dans les questions essentielles suivantes : la notion de personne ou de sujet de droit se retrouve-t-elle identique en matière de personnalité morale et de personnalité physique? La personnalité n'est-elle autre chose que la qualité de sujet de droit? S'agit-il là d'une notion unique s'exprimant au gré de chacun en deux termes différents? Peut-il exister d'autres sujets de droit que l'être humain, en sorte que l'on puisse prouver que les personnes morales ont un patrimoine à elles propre, un patrimoine qui ne se confonde pas avec le patrimoine de chaque membre de la personne morale?

Ces questions, en particulier la dernière, ne laissent pas de présenter de grands intérêts pratiques (3); sur le

---

(3) Ces conséquences pratiques s'expriment traditionnellement de la manière suivante :

1° Nature mobilière du droit des associés. C'est la conséquence directe du fait que la société est propriétaire des biens sociaux : l'article 529 du Code civil conduit directement à cette déduction.

D'après l'article 529 du Code civil : « sont meubles par la détermination de la loi les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société. »

Le droit des associés est ainsi mobilier dans tous les cas, même lorsqu'il y a des immeubles dans le fonds social. Ces immeubles sont cependant appropriés, par qui? Par la société personne morale, sujet de droit titulaire du patrimoine social.

2° Impossibilité du concours des créanciers personnels et des créanciers sociaux sur le patrimoine social. Ce dernier est le gage des créanciers sociaux. Un créancier personnel ne pourrait pas plus saisir un bien social que la fraction quote-part de l'associé, son débiteur, dans l'ensemble des biens sociaux, car ce bien ne figure plus dans le patrimoine de celui-ci.

3° Toujours en raison de la propriété de la société, la compensation

concept même de personne morale, innombrables, peut-on dire, ont été les théories émises, mais, au point de vue de ses rapports avec le patrimoine, il est possible de les ramener à trois et même à deux essentielles qui s'opposent nettement : l'examen de ces théories en présence fera l'objet d'un paragraphe premier.

§ 1. — La mise en œuvre de l'universalité de droit au sein du concept de personne morale ; rapports existant entre la conception classique du patrimoine et la théorie de la réalité des personnes morales d'une part, entre, d'autre part, la conception objective et les théories repoussant le concept de personnalité morale ou le ramenant à l'idée d'un patrimoine d'affectation.

Les opinions doctrinales sur la personnalité morale (4) se rangent sous *trois groupes* essentiels.

Le *premier* est formé par les auteurs qui réduisent la notion de personnalité morale à un simple mot, ce sont les auteurs des théories de la propriété collective, du patrimoine d'affectation, de l'inexistence des droits subjectifs (5).

---

est impossible entre la créance sociale et la dette personnelle de l'associé, ou *vice versa*. La condition d'existence de la compensation, réciprocité de la créance et de la dette à compenser, n'existe point.

4° La société peut être mise en faillite. C'est là un résultat qui sépare les sociétés commerciales investies de la personnalité morale des associations en participation qui en sont dépourvues (Cass., 5 févr. 1901, D., 02. 1. 41). La faillite est un procédé de liquidation globale du patrimoine; or, la société personne morale possède un patrimoine, donc cette société sera passible de la faillite. V. Thaller et Pic, t. I, n° 195; Thaller et Percerou, *Tr. des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, t. II, n° 1613.

(4) Sur ces théories et leur classification, se reporter à l'exposé de M. Bonnecase, *Suppl. au Baudry*, t. IV, p. 29 à 308.

(5) Se rangent dans ce premier groupe. Planiol, Berthélemy, Lacour et Bouteron, Thaller, Duguit.

Le *second* est formé par ceux qui, tout en admettant la nécessité ou l'utilité de la notion de personnalité morale, y voient exclusivement une notion technique (6).

Le *troisième* groupe considère la personnalité morale comme une véritable notion scientifique et voit en elle une réalité et non une fiction (7).

Comme, en définitive, nous examinons la mise en œuvre de l'universalité de droit ou patrimoine au sein de la personnalité morale, il est possible de ramener cette classification tripartite des théories de la personnalité morale à *deux* essentielles, qui *s'opposent* très nettement sur l'explication juridique qu'elles donnent respectivement de l'existence d'une séparation de patrimoines : que la personne morale soit en effet considérée comme une personne réelle ou une personne purement fictive, elle se trouve dotée, en tant que personne, d'un patrimoine propre; théories de la réalité et de la fiction peuvent donc, à ce point de vue, abstraction faite des intérêts pratiques ou théoriques qu'il y a à les distinguer, s'absorber en une seule conception, conception qui s'oppose avec les théories de la propriété collective, du patrimoine d'affectation, en un mot toutes les théories qui nient l'existence d'une personne morale quelconque et ramènent la notion même de personne morale à celle de patrimoine.

Cette opposition n'est, au surplus, qu'une manifestation en notre matière des différences relevées entre les deux théories du patrimoine : à la théorie classique correspond

---

(6) Le jurisconsulte Savigny a été un des représentants principaux de cette tendance.

(7) Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 2e éd., par Trotabas, 2 vol., 1924, surtout t. I, nos 5 et s.; Bonnecase, *Suppl. au Baudry*, t. V, p. 280 à 308 (auteurs ou décisions jurisprudentielles rapportés).

la théorie de la personne morale réelle ou fictive; à la théorie objective, sous ses aspects variés, correspondent les nuances de la thèse de la personnalité morale traduite par une forme de la propriété ou l'existence d'un patrimoine d'affectation.

Ces dernières théories sont le reflet de la conception objective du patrimoine; elles trouvent comme elle leur origine dans les tendances d'une partie de la doctrine française à la fin du XIXe siècle à détacher les masses universelles de biens et de dettes, les patrimoines, de leur sujet, de leur titulaire. Les plus importants effets, rattachés traditionnellement à la personnalité morale (tels que l'existence d'un patrimoine social distinct des patrimoines particuliers des associés, caractère mobilier du droit des associés) peuvent, dit-on, s'en séparer pour être reconnus au profit de toute masse sociale quelconque, disaient les plus hardis, au profit des patrimoines des sociétés par intérêts, disent les autres. Finalement, on identifie la personne morale et le patrimoine, à l'instar de l'institution germanique de la Gesammte Hand ou propriété en main commune; les personnes morales ne sont que des patrimoines collectifs, des patrimoines séparés ou d'affectation (Zweckvermögen).

La théorie de la personne morale réelle (8) *est au contraire un corollaire immédiat de la thèse classique du patrimoine.*

Le patrimoine est avant tout, pour Aubry et Rau, l'expression de l'activité d'une personne; il synthétise

---

(8) La thèse de la personnalité morale fiction juridique est de plus en plus abandonnée en doctrine et en jurisprudence; cet abandon apparaîtra mieux lorsque nous examinerons bientôt l'application de la théorie de la réalité.

l'aptitude de la personne physique à être titulaire de droits ou à être grevée d'obligations. N'y a-t-il, s'est-on demandé, que les personnes physiques qui puissent ainsi être les sujets actifs ou passifs de droits ou d'obligations?

Pour résoudre ce problème, les auteurs partisans de la thèse de la réalité, pour ne prendre que ceux-là, ont pris comme point de départ une distinction fondamentale entre le sens philosophique et la signification juridique du terme « personne » (9). Peu importe, disent ces auteurs, que sur le terrain philosophique, la notion de personne s'identifie avec l'être humain; au point de vue juridique, elle revêt un sens beaucoup plus large et constitue l'équivalent de la notion de sujet de droit. L'histoire montre d'ailleurs que les groupes ont, tout comme maintenant, fait fonction de sujets de droit.

L'idée de personne morale exprime le fait que dans nos sociétés humaines des droits distincts sont attribués non pas seulement à des êtres physiques, mais à certains groupements, à certaines associations et parfois même à quelque chose de plus abstrait encore, à un but idéal indépendant, au moins en apparence, de tout groupement. Pratiquement, constate Michoud, aucune société ne peut se comprendre sans des droits attribués à des collectivités. Pour la science du droit, la notion de personne est et doit rester une notion purement juridique. Le mot signifie simplement un sujet de droit, un être capable d'avoir des droits subjectifs lui appartenant en propre, rien de plus, rien de moins. Pour savoir si certains êtres répondent à cette définition, il ne faut donc pas examiner si ces êtres constituent des personnes au sens philosophique du mot.

---

(9) Richoud, *op. cit.*, t. I, nos 5 et s.

Il faut se demander seulement s'ils sont de telle nature que des droits subjectifs doivent leur être attribués. Dès lors, le problème de la personnalité morale consiste à se demander ce que l'on entend par droits (au sens subjectif) pour arriver ensuite à déterminer les êtres abstraits qui postulent à leur profit l'existence de droits et s'imposent du même coup comme des personnes, c'est-à-dire des sujets de droit.

Après avoir défini le droit subjectif « l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre, la thèse de la personne morale réelle (10) consacre l'unité de la notion de personne morale et son identité avec la notion de sujet de droit; elle proclame l'existence d'un lien indissoluble entre la notion de personne morale et la notion de personne physique.

Ce lien est susceptible d'être analysé de façon précise. D'une part, remarque-t-on, personne morale et personne physique s'absorbent toutes deux dans la notion de sujet de droit. Au point de vue de leur essence juridique, les personnes morales aboutissent à une unité de conception; cette unité de conception n'implique point que les personnes morales aient toutes la même structure, mais, malgré cette diversité de structure, leur existence et leur vie ne sont pas entièrement indépendantes de celles des personnes physiques.

Les personnes morales de droit privé se divisent en associations au sens large et en fondations. Les premières ont à leur base un groupement de personnes et se diversifient

---

(10) Voir Bonnecase, *Suppl. au Baudry*, t. IV, p. 292 et s.

à leur tour en sociétés et associations *stricto sensu*, suivant qu'elles poursuivent ou non un but pécuniaire; les fondations, au contraire, sont indépendantes d'un groupement, elles se ramènent à une œuvre charitable, intellectuelle ou d'agrément, dotée d'une organisation matérielle et gratifiée de la personnalité afin de faciliter son fonctionnement. En réalité, les fondations ne se comprennent pas plus que les associations sans la présence de personnes physiques, lesquelles jouent, vis-à-vis de ces fondations, le rôle de fondateurs, d'organes, de membres ou de bénéficiaires.

Ainsi donc, les personnes morales ont leur origine dans l'individu, elles redescendent dans leur fonctionnement jusqu'à l'individu.

On ne manque pas de faire observer, d'ailleurs, que, malgré cette dépendance des personnes morales par rapport aux personnes physiques, il ne faut pas oublier qu'un groupement ou une œuvre impose sa personnalité quand, dans le milieu social où elle a pris naissance, son individualité n'est pas contestée, tant elle a pris figure d'institution autonome, jouant un rôle propre et manifestant une vitalité sociale singulièrement distincte du rôle et de la vitalité sociale inhérents à l'individu seul.

Ajoutons enfin que la théorie de la réalité explique l'existence positive de toute une *hiérarchisation* des personnes morales. Au sein d'une personne morale déterminée, peut se produire une différenciation d'intérêts, qui engendre la constitution de groupements secondaires, tels que le groupement d'obligataires, les filiales et les succursales de sociétés. A l'inverse, une personne morale peut, comme une personne physique, être membre d'une autre personne morale : c'est le cas, par exemple, très fréquent

de plus en plus de nos jours, d'une association faisant partie d'une autre association, ou encore d'une société de sociétés; hypothèse très pratique actuellement, les sociétés ayant tendance à se grouper.

L'intérêt que présentent ces personnes morales, c'est, au regard de notre étude, l'existence de patrimoines, d'ensembles de droits et d'obligations dont ces personnes morales sont, au même titre que les personnes physiques et en raison de l'identité ou de l'unité de leurs notions, les titulaires actifs ou passifs.

A l'autonomie de la personne morale correspond l'autonomie patrimoniale, l'existence d'une masse universelle de biens et de dettes, dont le sujet de droit envisagé va être titulaire; pour prendre l'exemple d'une association, au sens large du mot, en y comprenant l'association au sens étroit et la société, il existe au sein de la personne morale une séparation de patrimoines, la personne morale étant titulaire d'un patrimoine distinct des patrimoines personnels des associés.

Disons immédiatement que nous faisons nôtres ces conclusions et ces idées de la théorie de la réalité; nous admettons pleinement cette thèse sur la base des éléments techniques et scientifiques dégagés par Michoud et par M. Bonnecase; notre président de thèse remarque que, dans l'état actuel des choses, il serait impossible *d'inventer* une théorie de la personne morale, qui se place à un autre point de vue que les théories précédemment distinguées; comme, en ce qui nous concerne, cette impossibilité est majeure, il est légitime d'adopter une de ces théories.

Le choix ainsi opéré ne nous dispense point — loin de là — de justifications; notre conviction sincère est que la

thèse de la réalité, avec les conséquences qu'elle engendre au regard de notre travail, se justifie entièrement à la lumière des solutions que l'on trouve actuellement ou virtuellement exprimées dans la législation, la doctrine et la jurisprudence françaises.

§ 2. — Consécration de la théorie de la réalité des personnes morales par la législation, la doctrine et la jurisprudence au regard des diverses catégories de personnes morales ; résultats issus de cette consécration au point de vue de la mise en œuvre de l'universalité de droit au sein de la personnalité morale.

Examinons très brièvement *les sociétés commerciales, les sociétés civiles et de fait, les associations proprement dites, les fondations, les groupements et filiales de sociétés.*

La personnalité morale des sociétés commerciales est — peut-on dire — reconnue actuellement par l'unanimité de la doctrine et par la jurisprudence dans la plupart de ses décisions. Dès le lendemain de la promulgation du Code civil, elle a été reconnue par les auteurs et la jurisprudence sur la base essentielle de l'article 529 du Code civil (11).

---

(11) On a relevé récemment une application très intéressante de la notion de personnalité morale des sociétés commerciales dans la réglementation des cessions de droits sociaux; c'est par la notion de personne morale et par elle seule que l'on explique ou que l'on a expliqué en général la différence établie au point de vue du tarif fiscal entre les cessions de droits sociaux d'une société ayant la personnalité morale qui bénéficient de tarifs réduits et les cessions considérées comme des mutations de biens en nature, et qui sont soumises aux droits ordinaires liquidés selon la nature de ces biens (A. Palvadeau, *Les cessions de droits sociaux. Droit fiscal et droit civil*, th. Bordeaux, 1931). L'auteur, dans cette intéressante étude, a montré que la jurisprudence consacrait en cette matière spéciale, comme dans d'autres domaines plus généraux, la thèse de la réalité des personnes morales (*op. cit.*, p. 100 à 141). Néan-

Les sociétés commerciales sont dès lors aptes à avoir un patrimoine propre. Cette aptitude a pour corollaire la possibilité de la mise en faillite des sociétés commerciales; cette possibilité seule suffirait à montrer que les sociétés commerciales peuvent être et sont considérées comme des personnes, puisque, en effet, seuls, en principe, les êtres doués de la personnalité sont susceptibles d'être déclarés en faillite, que la faillite comporte une organisation spéciale qui ne se conçoit que pour ces personnes et qu'enfin l'union des créanciers, qui en est le terme, n'a sa raison d'être que si elle s'oppose à un débiteur responsable titulaire d'un patrimoine, dont, après lui en avoir enlevé la gestion, les créanciers se répartissent l'actif.

La personnalité morale des sociétés civiles ne fut pas reconnue, immédiatement après le Code civil, à l'encontre des sociétés commerciales, car les exégètes ne trouvaient point, comme pour ces dernières, un texte exprès visant plus ou moins explicitement la personnalité morale des sociétés civiles.

Mais la jurisprudence allait consacrer, sur la base du caractère organique du droit, à la fin du XIX^e^ siècle, la personnalité morale des sociétés civiles. C'est la Cour de cassation qui a émis le principe dans les célèbres arrêts du duc de Rivoli (req., 23 févr. 1891, S .92. 1. 73, D., 91. 1. 337; Fontenay, req., 2 mars 1892, S., 92. 1. 497, D., 93. 1.

---

moins, la jurisprudence porte quelques atteintes à la notion de personnalité morale des sociétés à l'occasion de l'application qu'elle fait des règles du droit fiscal de mutation sous condition suspensive et sous terme suspensif (*op. cit.*, p. 141 à 167); l'auteur montre d'ailleurs excellemment l'illogisme de cette jurisprudence, qui, par une exception critiquable, méconnaît sur ce point particulier, la personnalité morale des sociétés (*op. cit.*, p. 162 à 167).

169; Société hippique de Cavaillon, req., 2 janv. 1894, S., 94. 1. 129, D., 94. 1. 81).

Nous relevons en note des attendus caractéristiques du premier arrêt, qui est venu démontrer, en même temps que l'existence de la société civile en tant que personne morale, *celle d'un patrimoine distinct, dont elle est véritablement titulaire* (12).

Cette jurisprudence, qui fut mal accueillie à l'époque où elle fut instaurée par les arrêts précités (13), a recueilli l'approbation de la majorité de la doctrine (14), malgré quelques dissidences (15).

A côté des arrêts relatifs aux sociétés civiles se mani-

---

(12) « Sur le premier moyen tiré de la violation des articles 1832 et s. du Code civil et des principes en matière de société ainsi que de la violation des articles 2114, 2124, 2134, du même Code et 7 de la loi du 20 avril 1810 : Attendu qu'il est de l'essence des sociétés civiles, aussi bien que des sociétés commerciales, de créer, *au profit de l'individualité collective*, des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droits de chacun de ses membres; que les textes du Code civil (notam. les articles 1850, 1852, 1867, 1845; 1846, 1847, 1848, 1855, 1859) personnifient la société d'une manière expresse, en n'établissant jamais des rapports d'associé à associé et en mettant toujours les associés en rapport avec la société; *que les sociétés civiles constituent, tant qu'elles durent, une personne morale, laquelle est propriétaire du fonds social;* que, par suite, l'arrêt attaqué, en déclarant sans valeur et inopérante l'hypothèque consentie, le 9 juin 1884, par Rigal à la Banque générale des Alpes-Maritimes *sur des immeubles qui n'étaient pas la copropriété par indivis des trois associés, mais la propriété exclusive de la société*, dont l'existence a été reconnue, n'a violé aucun des textes ou des principes invoqués, et est suffisamment motivé; que, d'ailleurs, en supposant que la question dont parle le pourvoi ait été posée devant la Cour d'appel, l'arrêt y répondrait implicitement et virtuellement lorsqu'il déclare qu'il résulte des actes et des faits de la cause *qu'il a existé une véritable société civile qui formait un être moral, une personne distincte des associés, sur les immeubles de laquelle ceux-ci n'avaient qu'un droit purement mobilier, ce qui exclut évidemment toute association en participation...* »

(13) V. la note critique de M. Meynial sous l'arrêt duc de Rivoli.

(14) V. p. ex. *Tr. élém. dr. civ.*, Planiol, 10e éd., par M. Ripert, 1926, t. II, n° 1956.

(15) Colin et Capitant (*Cours élém.*, t. II, 4e éd., p. 619) désapprouvent la solution sur le terrain du Code civil, tout en l'approuvant d'un point de vue pratique.

feste non moins nette la jurisprudence sur les associations avant la loi de 1901 et sur les sociétés de fait.

La loi de 1901 n'a sans doute pas consacré intégralement, au regard de la personnalité des associations, la thèse de la réalité, puisque, aussi bien, elle a limité relativement la capacité juridique de certaines catégories d'associations, réservant aux associations reconnues d'utilité publique, et à elles seules, une très large capacité, encore inférieure aux sociétés commerciales; sans doute, aussi, l'a-t-elle abandonnée pour les congrégations, mais il n'en reste pas moins qu'elle accomplit un très grand pas dans la voie de la personnification des associations. Comme le dit très bien M. Kayser (16) : « Le législateur de 1901 a établi un compromis entre le système de la réalité des personnes juridiques, qui aurait impliqué leur reconnaissance intégrale à la seule manifestation de leur existence, et le système de la fiction, pratiqué par le droit antérieur, qui comportait une intervention spéciale du pouvoir pour la création de tout nouvel être collectif. »

La loi constituait ainsi une réaction contre les solutions antérieures; la jurisprudence s'était d'ailleurs déjà élevée contre les conséquences injustes de la théorie de la fiction. L'association non reconnue d'utilité publique n'avait en effet, sous l'empire de cette doctrine, aucune espèce de capacité; elle était impropre à tout fonctionnement faute d'être titulaire de ressources, d'un patrimoine propre et de moyens d'actions; le système jurisprudentiel dit de « l'individualité objective », s'efforçant de réagir contre de telles conséquences, prit comme point de départ que l'incapacité juridique découlant de la théorie doit s'allier avec l'existence de fait qui se révèle dans la pratique.

---

(16) P. Kayser, *Sociétés et associations*, th. Nancy, 1928, p. 127.

Nous retiendrons surtout de cette jurisprudence certaines décisions relatives à des congrégations, reconnues par simples ordonnances royales après la loi du 2 janvier 1817 et même non reconnues, qui admirent que la congrégation pouvait avoir un patrimoine indépendant, distinct du patrimoine personnel de chacun de ses membres.

Nous empruntons à un intéressant ouvrage (17) les exemples qui suivent et que nous consignons en note (18).

En reconnaissant l'existence au profit d'une congrégation non reconnue d'un patrimoine propre, cette jurisprudence se conformait aux principes essentiels de la thèse de la réalité des personnes morales.

La reconnaissance de cette thèse se traduit encore dans *la personnalité morale des sociétés de fait.*

---

(17) Loubers, *Essai d'une théorie générale des sociétés de fait*, th. Paris, 1908, p. 116 et s.

(18) L'abbé Parabère, aumônier en chef de l'armée française et membre de la Congrégation de Jésus, avait obtenu de l'Etat une concession immobilière, située à Constantine. Après son décès, son héritier intenta une action en revendication contre l'abbé Régnaud, membre de la même congrégation et actuellement détenteur de cet immeuble, mais la Cour d'Alger, infirmant un jugement du Tribunal de Constantine du 27 mars 1866, décida que l'immeuble concédé ne l'ayant point été au profit de l'abbé Parabère individuellement considéré, mais au profit de la Compagnie de Jésus, à laquelle ce dernier appartenait ouvertement, ne pouvait être considérée comme faisant partie du patrimoine de son titulaire purement nominal et que, partant, ses héritiers ne pouvaient réclamer aucun droit sur lui.

La Cour de cassation, sans formuler ouvertement, il est vrai, dans un arrêt du 1er janvier 1869, le principe qui aurait admis la possibilité pour une congrégation non autorisée d'acquérir et de posséder un immeuble, a cependant rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt, sous prétexte que ce dernier s'était borné à constater, par une appréciation souveraine des faits, que l'héritier revendiquant n'avait pas fait la preuve suffisante du droit de propriété de son auteur. C'était là néanmoins le point de départ d'une abondante jurisprudence qui admit, dans des cas analogues, l'existence au profit de la congrégation même non reconnue d'un patrimoine spécial, distinct du patrimoine personnel de chacun des membres. Toulouse, 24 juin 1868; Cass., 30 mai 1870, D., 70. 1. 277; Trib. Seine, 14 juin 1879, *Le Droit* du 28 juin.

Un des derniers attendus de l'arrêt duc de Rivoli, déjà cité, marquait une opposition existant entre la société civile formant un être moral et l'association en participation; donc, une association en participation n'a pas de personnalité morale; la société civile a au contraire cette personnalité.

La même opposition se retrouve, qu'il s'agisse pour le dernier terme d'une société régulière ou d'une société irrégulière, *d'une société de fait* (19); en d'autres termes, alors que l'association en participation est dépourvue de personnalité morale, n'a pas de patrimoine social, peut même ne pas avoir de fonds commun, au point qu'un tiers cocontractant n'a d'action tout à fait directe que contre celui avec qui il a contracté et n'a pour seule compensation que celle de s'en prendre à tous les biens se trouvant entre les mains dudit cocontractant, la société de fait présente des caractères et engendre des effets exactement opposés.

La reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés de fait et l'existence de toute une jurisprudence particulièrement favorable à leur égard en ce qui concerne spé-

---

(19) On distingue deux sortes de sociétés de fait : certaines ne sont pas des sociétés dégénérées, c'est-à-dire des sociétés constituées en apparence comme des sociétés normales et qui, par suite d'un vice, sont tombées après coup au rang de sociétés de fait. D'autres, au contraire, n'ont jamais eu l'ambition d'être des sociétés de droit. Elles se sont formées verbalement ou même par le simple fait de la communauté d'exploitation. Ce sont les sociétés « créées de fait » (distinction et terminologie empruntées à M. le professeur Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, ouvrage dans lequel sont exposées toutes les questions relatives à ces sociétés). Sur la distinction assez difficile à faire de l'association en participation et de la société de fait, cons. Bourcart, note sous Cass. civ. 30 mars 1927, S. 27. 1. 329, et nombreux renvois de doctrine et de jurisprudence. — *Adde*, J. Bonnecase, *Traité des sociétés civiles et commerciales de Vavasseur*, 7e éd., en 3 vol. (en collaboration avec MM. Moliérac et Rault), t. I (paru), Paris, Libr. des Juris-classeurs, 1931.

cialement leur autonomie patrimoniale s'expliquent par l'adoption implicite de la thèse de la réalité des personnes morales.

Certains auteurs ont montré qu'il ne faut point accorder une trop grande importance à l'élément « contractuel », « intention des parties » dans la formation des sociétés et ont donné ainsi leur adhésion à la thèse que nous adoptons. N'est-ce pas là le cas, par exemple, d'un auteur spécialiste éminent de droit commercial [20] qui écrit à propos d'une société anonyme, à laquelle se rattachaient des filiales : « La recherche des intentions individuelles est inutile. Ce qui importe, ce sont les actes accomplis. Les formalités exigées par la loi ont-elles été réalisées, la société anonyme est constituée, quelle que soit l'intention de ses fondateurs et le but poursuivi par eux. *L'être moral est né. Il a, par le fait même, une existence indépendante*, et les dispositions par lesquelles la société mère voudrait limiter l'indépendance de sa filiale devraient être tenues pour non avenues. La solution serait la même si, à défaut de l'accomplissement de certaines formalités légales, *les filiales se trouvaient être de simples sociétés de fait. L'être social existe dans la société de fait comme dans la société régulière et son existence dans l'un et dans l'autre cas produit les mêmes conséquences.* »

Ces affirmations doctrinales reposent sur la base solide d'une abondante jurisprudence, « qui fait, pour ainsi dire, résulter automatiquement et spontanément la création d'une société personne morale de toute activité exercée collectivement, dans un but d'ailleurs quelconque » [21].

---

(20) H. Rousseau, notes sous Req., 13 mai 1929, S. 29. 1. 289, et Poitiers, 19 nov. 1928, S., 29. 2. 31. Sur l'imprécision de la notion d'*affectus societatis*, cons J. Hamel, *Rev. trim.*, 1925.

(21) Loubers, *op. cit.*, p. 97.

Et c'est cette société qui, ajoute M. Loubers, doit être proprement désignée du terme de *société de fait*, expression qui englobera dans sa compréhension jusqu'aux associations illicites et dissoutes et aux congrégations dissoutes.

L'ouvrage lumineux de Loubers ouvre sur cette jurisprudence des sociétés de fait des perspectives infiniment larges. Les conséquences pratiques de ces décisions découlent, non point de la Gesammte Hand, qu'il rejette comme beaucoup trop fuyante (22), mais du fait que la personnalité morale, n'étant pas le résultat accidentel d'une concession bénévole, est la manifestation nécessaire d'une organisation déterminée.

Loubers voit l'affirmation de cette personnalité dans tous les cas de l'existence individuelle de l'association illicite et dissoute, dans la faculté qui lui est accordée par l'article 9 de la loi du 1er juillet 1901 « *de régler personnellement, elle-même, la destinée du patrimoine dont elle est titulaire* au jour où la nullité vient l'atteindre » (23).

La société de fait est propriétaire d'un patrimoine sur lequel les créanciers sociaux vont jouir d'un droit de préférence vis-à-vis des créanciers personnels des associés (24).

Les fondations (25) offrent dans leur organisation juridique, dans l'interprétation jurisprudentielle ou des projets législatifs, des données en tout point conformes à la théorie de la réalité; toujours au point de vue de la notion de

---

(22) Loubers, *op. cit.*, p. 221 à 235.
(23) Loubers, *op. cit.*, p. 251-252.
(24) Loubers, *op. cit.*, p. 134-142.
(25) V. sur les fondations, bibliographie dans Planiol, *Tr. él.*, t. III, 10e éd., par Ripert, p. 949.

l'universalité de droit, que nous voyons jouer au travers des hypothèses envisagées, on constate *l'existence d'un patrimoine rattaché à la fondation, considérée comme personne morale.*

Il nous est impossible — et nulle n'est d'ailleurs notre intention — d'insister longuement sur les fondations, les raisons pour lesquelles les codes ont été muets à leur égard, les définitions multiples qu'on en a données et la complexité de leurs diverses modalités.

Nous nous bornerons à signaler que la carence législative en la matière a donné lieu à de graves controverses doctrinales sur leur nature juridique comme sur la réglementation proposée par les divers auteurs; la doctrine, relativement à cette nature juridique, a donné, à l'occasion des fondations, son plus vigoureux effort contre la notion de personne morale; les auteurs ont eu encore ici recours à la théorie objective du patrimoine, sous le couvert de la conception allemande de la fondation ou Stiftung, « patrimoine affecté à un but déterminé et ayant une existence propre » (26).

D'autres auteurs (27), se rattachant à la théorie classique du patrimoine, ont fait observer que l'on a été trop porté, en France surtout, au XIX^e^ siècle, à ne considérer l'acte de fondation que comme une simple disposition de biens, un acte d'aliénation à titre gratuit, tandis qu'il est aussi et avant tout l'acte créateur d'un nouveau sujet de

---

(26) Par exemple, Saleilles (*Théorie générale de l'obligation*, 2^e^ éd., p. 150) écrit : « La doctrine allemande est arrivée peu à peu à la notion *d'un patrimoine indépendant, constitué sans qu'il soit nécessaire qu'il aille se confondre dans le patrimoine d'une personne morale déjà existante. C'est le but de la fondation qui lui donne son existence juridique* ».

(27) V. surtout la thèse capitale de Coquet, *Les fondations privées*, th. Poitiers, 1908.

droit. Il faut, en effet, distinguer dans la fondation deux éléments : 1° *l'individualité de l'œuvre*, qui pourra être rattachée plus ou moins à une personne morale déjà existante, mais qui cependant, au lieu d'être absorbée par elle, conservera une certaine autonomie, sinon dans son fonctionnement, au moins dans son but et ses ressources. Il faut, en un mot, dit-on, à la fondation, à ce point de vue, un *patrimoine* propre et un *but* déterminé; 2° la *perpétuité* ou, si l'on veut, la durée indéfinie de l'œuvre (28).

Toute une évolution jurisprudentielle concernant les fondations *privées* (29) aboutit chaque jour davantage à justifier cette dernière conception sur le terrain de la pratique, au point d'arriver à faire de la fondation privée, autrement dit de la fondation *testamentaire* dans la plupart des cas, une personne morale privée, un *établissement d'utilité publique doté d'un patrimoine propre*.

Dans quelle mesure la jurisprudence judiciaire a-t-elle réussi à consacrer le droit pour un particulier de fonder ainsi une œuvre purement privée, assortie d'un patrimoine propre? C'est ce que nous devons brièvement rappeler en indiquant seulement les grandes lignes de l'évolution jurisprudentielle (30).

La jurisprudence rencontrait, dès le principe, une objection très grave élevée contre la validité, contre la possibilité même de telles fondations : le testateur, disait-on, ne peut adresser sa libéralité à l'établissement qu'il veut fonder, puisque cet établissement n'existera pas encore

---

(28) Colin et Capitant, *Cours élém. dr. civ.*, t. III, 4e éd., p. 686.

(29) Sur la distinction des fondations de droit public et des fondations de droit privé, cons. Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin, *Essai sur les fondations par testament* (*Rev. trim.*, 1904, p. 259, *in fine*, et p. 260).

(30) V. sur cette évolution une note importante de M. Savatier, sous Paris, 1er juill. 1926, et Trib. civ. Seine, 1er févr. 1927, D., 28. 2. 121.

comme personne juridique au jour du décès; il naîtra seulement plus tard. Le jour du décès du fondateur, les biens constituant la fondation vont se trouver vacants et sans maître, la disposition doit être traitée comme faite à une personne non encore conçue. Il est donc impossible de créer un établissement nouveau par ce procédé. La pierre d'achoppement, qui empêche la fondation directe d'être valide, est donc l'impossibilité de disposer par legs au profit d'un établissement encore inexistant. Le problème était donc d'interpréter les testaments de manière à faire disparaître l'établissement comme légataire. La jurisprudence donna pratiquement une solution à ce problème ardu par sa célèbre distinction du *legs* et de la *charge* (31).

Cette distinction bien connue aboutit à valider la fondation contenant les dispositions suivantes : l'établissement à fonder n'est pas directement gratifié par le testateur; le legs est fait à un légataire capable à charge de fonder.

La loi ayant d'une part enserré le legs dans des règles très strictes, mais ne contenant presque aucune disposition concernant les charges, la jurisprudence s'arrogea de plus en plus le droit d'interpréter, en matière de testaments, les intentions des fondateurs, tendit, en présence d'un legs nul d'après la lettre de la loi, à le valider comme charge si l'utilité sociale le commandait. Les tribunaux, abandonnant la conception vulgaire du legs, qui analyse le legs dans l'intention chez le testateur de gratifier le légataire, la remplacèrent en outre par une conception plus savante : le critérium ne fut plus l'émolument, mais la transmission de propriété; *on peut considérer le légataire*

---

31) Cette distinction est mise en lumière dans la thèse précitée de Coquet, p. 144 à 168. — *Adde.* Savatier, note citée; Trasbot, *Ex. doctr. donations et testaments* (*Rev. crit.*, 1929, p. 464 et s.).

comme un intermédiaire, l'intermédiaire comme un légataire.

Le légataire ainsi entendu est souvent, dans les arrêts qui ont développé cette jurisprudence, un ou des légataires universels, dont l'existence réalise une continuité d'appropriation des biens de la fondation; au cas de pluralité de légataires, il est souvent usé de divers procédés : indivision, société civile, association.

La jurisprudence, poussant à l'extrême l'élasticité de la notion de charge (32), tend en définitive et de façon constante à consacrer le principe essentiel dans toute organisation juridique que tout droit doit avoir un titulaire, principe qui, appliqué par Aubry et Rau au patrimoine, a été formulé ainsi : tout bien doit avoir un propriétaire.

Les auteurs (33), analysant cette jurisprudence et l'approuvant pour la plupart, ont fait remarquer, à propos surtout des dernières décisions citées, qu'on pourrait ainsi valider toutes les fondations directes à des établissments non encore nés; on se fonderait non seulement sur l'interprétation du testament, mais sur la loi elle-même, prescrivant de considérer comme non écrite la condition consistant à mettre immédiatement les biens sur la tête d'un établissement non encore constitué.

Mais ne pourrait-on pas plus simplement fixer autrement qu'on ne le fait d'habitude le point de départ de la personnalité morale? Sans assimiler jusqu'à l'identité la nais-

---

(32) V. à ce sujet les arrêts remarquablement représentatifs de la tendance jurisprudentielle à envisager la fondation privée comme un établissement d'utilité publique, arrêts des Fondations de la princesse Castrioti et de la Fondation Mallet, Cour Paris, 1er juill. 1926, et Trib. Seine, 1er juin 1927, D., 28. 2. 125, avec note du Professeur Savatier; Trasbot, *Ex. doctr.*, compte rendu de ces arrêts, *op.* et *loc. cit.*

(33) Savatier et Trasbot, *op.* et *loc. cit.*

sance de l'être moral à celle d'un être physique, on pourrait parfaitement soutenir que la création de la personne remonte à l'ouverture de la succession. Cette conséquence, qui va d'elle-même avec la théorie de la réalité des personnes morales, est développée dans un passage intéressant de l'ouvrage de M. Coquet, que nous reproduisons en note (34).

C'est dans ce sens, au reste, que se sont orientés les travaux de la Société d'études législatives dans le projet de loi, discuté à diverses reprises par elle en 1906, 1907 et 1909, de la réforme des fondations. Ce projet de loi (35) a été soumis au Conseil supérieur de l'assistance publique qui l'adopta après modifications dans sa séance du 30 janvier 1920; il a été déposé sur le bureau de la Chambre des députés le 5 novembre 1924. En 1924, parut encore une proposition de loi sur les fondations du député Lemire. Ces

---

(34 « La naissance d'un être physique est un fait unique, indécomposable, dont on peut fixer la date et l'heure. *La création d'une personne morale est complexe; c'est une suite d'opérations : constitution d'un patrimoine* et d'un organisme d'administration, demande de reconnaissance, etc. La reconnaissance d'utilité publique est la dernière de ces opérations, mais les autres ne sont pas moins nécessaires. Pourquoi faire partir l'existence de la personnalité morale du dernier acte; et ne pourrait-on légitimement fixer comme point de départ le premier? Or, ce premier acte juridique n'est-ce pas le testament lui-même, dès qu'il est devenu irrévocable par la mort de son auteur? N'est-ce pas lui qui, véritablement, crée l'œuvre? Si l'on considère la personnalité morale comme une simple fiction, comme une pure concession de la puissance publique, on reconnaît, par là même, à celle-ci le droit de fixer la date à partir de laquelle elle accordera l'existence juridique. D'après les autres systèmes qui admettent comme substratum de la personnalité morale un patrimoine ou un groupement de personnes, l'intervention administrative ne crée pas la personnalité morale, elle ne fait la reconnaître ou la déclarer. *Or, la fondation peut, dès le jour du décès, constituer une personne morale puisqu'elle a, dès lors, une organisation, un patrimoine, un but et, par là même, des bénéficiaires.* Si la reconnaissance administrative n'a qu'un effet déclaratif, c'est à cette date qu'elle doit être présumée intervenir. L'autorité publique ne peut pas plus changer cette date qu'elle ne pourrait modifier celle de la naissance d'un enfant, puisqu'il s'agit dans les deux cas de faits matériels qu'elle doit se borner à enregistrer. » Cognet, *op. cit.*, p. 113-114.

(35) Cons. *Bull. Soc. ét. lég.*, 1909, p. 443 et s.

projets n'ont point encore abouti à cause de certaines conditions défavorables des travaux parlementaires; nous renvoyons pour leur économie aux ouvrages traitant spécialement de la question (36), mais nous indiquons que ces projets, à l'instar de la jurisprudence et de la doctrine, tendent à la consécration de la personnalité morale des fondations, répondant ainsi à la réalité des faits, à l'existence de leur patrimoine à elles rattaché, à la prise en considération des intérêts collectifs qu'elles ont pour mission de représenter.

L'observation expérimentale de la loi, du droit positif au moins en puissance, de la doctrine et de la jurisprudence, conduit à conclure à leur adoption de la thèse des personnes morales réelles; le droit français rattache un patrimoine à ces diverses personnes morales, qu'il s'agisse d'associations ou de fondations; il consacre ainsi la conception classique du patrimoine, partant de l'universalité de droit, la corrélation étroite qu'offre cette dernière avec la personnalité.

Comme les personnes morales, les universalités de droit présentent une hiérarchisation très nette d'une série de patrimoines, d'ensembles de créances et de dettes, d'actif et de passif. Nous donnons en note (37) quelques exemples

---

(36) On trouvera l'analyse de ces projets dans la thèse de M. Mangin, *Les fondations en Alsace-Lorraine de 1870 à nos jours*, Strasbourg, 1927, p. 93 et s., travail qui est à notre connaissance le plus à jour sur ce point. — V. aussi, dans le même ordre d'idées, la discussion d'un projet de loi de la Société d'études législatives sur l'effet rétroactif de la reconnaissance des établissements d'utilité publique (*Bull. Soc. ét. lég.*, 1930, p. 29 et s.) avec un rapport de M. Demontès.

(37) Des exemples curieux de différenciation hiérarchique des personnes morales avec différenciation corrélative de patrimoines nous sont offerts par les filiales et groupements de sociétés; avec les filiales, l'on est en quelque sorte en présence d'une hiérarchie descendante; dans le deuxième cas, celui des groupements, en présence d'une hiérarchie ascendante. Les

significatifs de ces patrimoines liés, à notre avis, à l'idée de la personne, puisque la personne morale envisagée en

filiales et groupements de sociétés ont été étudiés dans une thèse de M. Fr. Gegout, *Filiales et groupements de sociétés, Etude juridique de l'intervention d'une société dans la constitution et le fonctionnement d'une autre société*, th. Paris, 1929. L'auteur se rattache à la théorie de la propriété collective ou du moins de la personnalité morale notion technique; cette position de l'auteur nous importe peu ici; les résultats issus pour lui de considérations purement techniques nous semblent, au contraire, répondre aux données scientifiques qui se manifestent par la réalité des personnes morales. Quoi qu'il en soit, M. Gegout, après avoir distingué la filiale de la succursale, la succursale n'ayant point de personnalité juridique, alors que la filiale a une autonomie juridique, une personnalité distincte de celle de la maison mère (*op. cit.*, p. 81 et s.), insiste quelque peu sur les conséquences de l'autonomie juridique reconnue à la filiale. Nous retiendrons seulement l'existence d'un règlement de créances et de dettes entre société mère et filiale, rendu nécessaire par l'existence de deux patrimoines distincts, société mère et filiale. On ne peut tout d'abord déclarer la maison mère tenue indistinctement de toutes dettes contractées par la filiale; alors que la maison principale est tenue des dettes contractées par le directeur de la succursale, en vertu de l'idée de représentation, la maison mère n'a pas à répondre des dettes de sa filiale. En outre, la confusion ne saurait exister entre les créanciers et les dettes nées entre société mère et filiale au cours des rapports d'affaires très fréquents qui s'établissent entre elles. De même, un tiers, qui serait à la fois créancier de la filiale et débiteur de la société mère, ou inversement, ne pourrait se prévaloir de la compensation légale, puisque la première des conditions de la compensation, la réciprocité d'obligations, n'existe pas; c'est un effet de la personnalité reconnue à chacune de ces deux sociétés. De même encore, les dettes contractées par la filiale n'obligent pas la société mère, et inversement, certaines dérogations pratiques à cette conséquence se justifiant par des considérations de fait qui laissent sauf le principe. Quelle va être l'influence de la faillite d'une filiale sur la situation de la société mère, et inversement? En cas de faillite de la société mère, la filiale n'est pas nécessairement déclarée en faillite, et inversement. Parfois, en raison du rôle prépondérant joué par la société mère dans la constitution et le fonctionnement de la filiale, le sort de la filiale est lié à celui de la société mère, et la faillite de la filiale peut entraîner celle de la société mère. Mais il faut avoir soin de remarquer que ce n'est pas là une conséquence des principes, et, en tout cas, les deux faillites donneront lieu à deux procédures séparées. Au cas où des filiales auraient été constituées dans un but de fraude, le syndic de la faillite de la société mère pourrait, au nom des créanciers sociaux, faire prononcer la faillite des filiales ainsi constituées. C'est l'application des principes de l'action paulienne; mais il n'en reste pas moins vrai, comme le note M. Gegout, que la constitution même frauduleuse d'une société par une autre société suffit, si elle a été accomplie selon les formes légales, pour que l'une soit regardée comme

est titulaire; c'est le cas des filiales ou des groupements de sociétés.

Si, faisant abstraction du fondement théorique des diverses hypothèses que nous venons d'examiner, nous voulons rechercher le caractère commun qui les unit, il est facile et exact d'avancer que les universalités, se trouvant à la base de la personnalité morale dans ses multiples manifestations, apparaissent sous la forme d'ensemble de biens

---

filiale, et l'autre comme maison mère, avec toutes les conséquences qu'entraîne la distinction de leurs deux patrimoines. En ce qui concerne la liquidation de la filiale, il est à retenir que, lorsque la nullité de la filiale est prononcée pour défaut d'accomplissement des formes constitutives ou pour défaut de publicité, il n'en reste pas moins une distinction entre le patrimoine de la société mère et celui de la filiale : la liquidation de celle-ci se fait sur les bases statutaires; les contrats passés par elle avec les tiers restent valables; on applique les règles ordinaires des sociétés de fait. La société mère est, en cas de faillite, primée en tant qu'actionnaire de sa filiale par les créanciers de celle-ci; si elle a, par ailleurs, des créances contre la filiale, elle fait partie, en tant que créancière, de la masse représentée par le syndic. Nous pouvons conclure avec M. Gegout « qu'en toute hypothèse, pour le règlement des créances et dettes existant entre filiales et société mère, on applique donc la règle de la distinction de leurs deux patrimoines. Peu importe que la société mère ait un rôle prépondérant dans la vie juridique de la filiale, peu importe le degré de subordination de la filiale à l'égard de la société mère : on déduit les conséquences de la personnalité reconnue à la filiale » (*op. cit.*, p. 100). A l'opposé des filiales de sociétés se présente le groupement de sociétés, la société de sociétés, se distinguant au surplus d'ententes plus ou moins vagues entre plusieurs sociétés par la création d'un groupement indépendant constitué par les sociétés contractantes et pourvu lui-même de la personnalité morale. La société de sociétés, dont les formes pratiques signalées par F. Gegout (*op. cit.*, p. 319-353. — *Adde* Henry, *Sociétés de sociétés*, Journ. des soc., 1919; Demontès, *Sociétés de sociétés*, *Rev. crit.*, 1928) sont très nombreuses, est une véritable société indépendante des sociétés constitutives, et cette indépendance se traduit dans la constitution, le fonctionnement et enfin et surtout dans la dissolution et la liquidation des sociétés de sociétés, comme aussi éventuellement dans sa mise en faillite. La faillite nous montre précisément, avec la nécessité de répartir les biens de la société entre les créanciers qui peuvent prétendre des droits, l'existence d'un patrimoine autonome, dont la société de sociétés est la titulaire exclusive; ses créanciers ont pour gage la totalité de ce patrimoine. Nous ne pouvons insister à cette place sur les difficultés qui s'élèvent lors de cette répartition (sur ces difficultés, v. Demontès, *loc. cit.*, p. 58-59), il nous a suffi de marquer que le groupement de sociétés, comme une société ordinaire, est titulaire d'un patrimoine, tout comme la filiale.

et de dettes, de passif et d'actif : la notion d'universalité de droit, toujours une dans son caractère distinctif, contribue largement à la constitution du concept de personnalité morale. Retrouvons-nous les mêmes observations à propos de l'indivision ? C'est ce que nous allons examiner dans la section suivante.

SECTION II

L'INDIVISION

§ 1. — Les conceptions en présence : conception classique ; conception moderne, la notion d'indivision organisée.

Pour connaître les rapports entre l'universalité de droit type qu'est le patrimoine et la notion d'indivision, il faut les examiner respectivement au regard de la conception française classique du patrimoine et au regard de la conception germanique du patrimoine d'affectation.

Nous devons rappeler auparavant le cadre dans lequel se situe l'indivision et les difficultés auxquelles elle a donné lieu.

La copropriété ou indivision est une des notions les plus complexes et les plus difficiles de tout le droit civil; elle a fait l'objet, depuis la fin du XIX[e] siècle, de travaux importants, comme la personnalité morale. Traditionnellement, les auteurs opposaient l'indivision à la personnalité morale. Dans le premier cas, on se trouvait en présence de plusieurs personnes ayant des prétentions juridiques simultanées sur un même droit, sur un droit particulier et isolé ou sur un ensemble de biens; dans le second cas, l'élément mis en commun par plusieurs personnes devient la propriété d'un nouveau sujet de droit, la personne morale (38).

---

(38) Si la doctrine a été en général d'accord sur l'élément essentiel de la

C'est précisément à propos de cette distinction de la personnalité morale et de l'indivision que se sont révélées les deux conceptions opposées du patrimoine, de l'universalité de droit, prétendant trouver chacune en la matière un domaine dérivé d'application.

Parmi les auteurs ayant examiné le problème de la nature juridique de l'indivision et du critérium de distinction de la personnalité morale et de l'indivision, on peut ranger, comme se rattachant à la thèse classique d'Aubry et Rau, M. Van Biervliet (39), qui établit de la façon suivante l'opposition entre l'indivision et la personnalité morale en fonction du concept de patrimoine.

« C'est par l'affectation de la propriété commune, écrit-il, à des fins individuelles que la communauté se distingue nettement de ce que l'on appelle en droit une personne civile. La personne civile, même au cas où elle se forme par une réunion de personnes physiques, a un patrimoine absolument séparé de celui de ces personnes; réciproquement, les créanciers de ces personnes n'ont aucun droit sur le patrimoine de la personne civile, ce patrimoine est affecté directement et exclusivement à l'intérêt collectif en vue duquel la personne physique a été créée. Au contraire, la copropriété entre simples communistes, tels que des cohéritiers, n'ayant d'autre but actuel et immédiat que l'intérêt indi-

---

notion de communauté ou d'indivision, à savoir l'existence d'une pluralité simultanée de prétentions identiques sur un même objet de droit, l'origine, l'explication rationnelle de cette simultanéité, a suscité les controverses ou les divergences les plus vives ou les plus accentuées.

Suivant l'opinion commune, la copropriété est la réunion de plusieurs droits individuels de propriété appartenant respectivement aux propriétaires; mais les auteurs se divisent lorsqu'il s'agit d'interpréter cette formule générale en précisant la nature exacte de ces droits individuels de propriété.

(39) *Cours dr. civ.*, Louvain et Paris, 1921, p. 234, note 5.

viduel des copropriétaires, se rattache par là même au patrimoine propre de chacun des copropriétaires, Elle est vouée à la dissolution pour s'absorber par le partage dans ces patrimoines propres. »

On a montré, par ailleurs, qu'à cette distinction correspond l'existence d'un organisme dans la personne morale, l'absence de cet organisme dans l'indivision. L'organisme ou organe, au sens large du terme, joue à propos des opérations juridiques qui sont susceptibles d'avoir lieu relativement à un patrimoine : les actes conservatoires, les actes d'administration, les actes de disposition.

Entre autres, l'acte d'administration, qui a essentiellement pour objet de mettre en valeur les éléments concrets d'un patrimoine, « se présente sous une forme essentiellement active, et, dès lors, quand il s'agit d'un patrimoine appartenant à plusieurs, il requiert évidemment une coordination des efforts et des volontés, autant dire un organisme approprié » (40).

Cet organisme, qui existe au sein de la personne morale, n'existe pas, semble-t-il, dans l'indivision. On s'en est aperçu, en définitive, lorsque l'analyse a été faite des effets de l'indivision. Les communistes ont un droit d'usage de la chose commune dans la mesure compatible avec le droit des autres; sous réserve de ce droit d'usage, il est exact de résumer dans le terme d'inaction la position des coïndivisaires; cela se vérifie, au reste, non seulement en matière d'actes de disposition, mais encore en matière d'actes d'administration. L'acte d'administration requiert une coordination des efforts et des volontés, un organisme approprié. Cet organisme, on ne peut le trouver dans l'indi-

(40) Bonnecase, *Suppl. au Baudry*, t. IV, n° 183.

vision; il faut donc l'unanimité des coïndivisaires pour faire un acte d'administration valable.

D'autres auteurs (41), se rattachant, à l'encontre des précédents, à la tendance objectiviste ou germanique vers la reconnaissance illimitée des patrimoines d'affectation, ont tenté de rapprocher l'indivision de la personnalité morale sous le couvert du concept d'indivision organisée, de propriété en main commune ou Gesammte Hand, et considèrent l'indivision comme une universalité séparée, autonome.

« La vieille institution qu'est la Gesammte Hand, déclare M. Josserand (42), vient d'être évoquée à nouveau; sous la suggestion de la littérature et de la législation allemandes, des jurisconsultes français ont pensé qu'il y avait place dans notre droit pour une forme de propriété commune, à la fois pure de toute indivision et étrangère à toute idée de personnalité morale, collective tant par son affectation que par sa structure juridique. Et la possibilité apparut... d'une masse commune qui, échappant à toute emprise individuelle, vouée à une destinée purement collective, n'appartiendrait cependant pas à un être moral distinct, mais bien à tous les membres de la collectivité, de telle sorte que nul d'entre eux ne pourrait s'affirmer propriétaire, même pour une part infime, des biens en commun; mais que ces biens, pris dans leur ensemble, appartiendraient à l'ensemble des intéressés; la totalité est à tous et le patrimoine commun faisant bloc se trouve sauvé de

---

(41) Josserand, *op. cit.*, p. 357 et s.; Lebret, *La notion de l'indivision dans le droit français actuel* (l'art. 815, C. civ., et les lois récentes), th. Caen, 1922. Cet auteur distingue d'ailleurs les indivisions pures et simples et les indivisions *cum affectu societatis* répondant à la notion de Gesammte Hand (*op. cit.*, p. 78 à 90); Mouy, *Contribution à l'étude de la notion d'indivision*, th. Lille, 1920.

(42) *Op. cit.*, p. 357-358.

l'indivision, sans cependant s'appuyer sur une personnalité juridique qui masquerait la pluralité des ayants droit. »

Il ajoute : « La Gesammte Hand est une masse de biens qui appartient à une masse d'individus, et celle-ci forme bloc tout aussi bien que celle-là. » (43).

Entre autres conséquences pratiques, la Gesammte Hand aurait celle-ci : que les biens en main commune, sur le fondement de leur affectation collective, constitueraient une masse, une universalité séparée, indépendante, distincte du patrimoine privatif des associés; d'où le corollaire qu'ils sont à l'abri de l'action des créanciers personnels; elle réaliserait une séparation des patrimoines, et cette conséquence la différencierait de l'indivision, qui entraîne, en principe, une confusion de patrimoines.

Les auteurs se sont appuyés sur l'existence de l'indivision héréditaire (44) et de la communauté entre époux (45), telles que ces institutions se révèlent dans la pratique, la jurisprudence française actuelle, pour y voir la consécration en droit français du concept de Gesammte Hand ou d'indivision organisée.

La jurisprudence, en particulier, est sans doute arrivée par des solutions originales à constituer des masses de biens séparées, dotées d'un actif et d'un passif autonomes, à réaliser pratiquement la conséquence importante découlant, prétendait-on, de la Gesammte Hand; nous persistons à croire, comme nous l'indiquerons un peu plus loin, que la

---

(43) *Ibid.*

(44) Ricol, *La copropriété en main commune* (Gesammte Hand) *et son application possible au droit français*, th. Toulouse, 1907, p. 323, en note, et p. 383. V. aussi Percerou, *La liquidation du passif héréditaire en droit français et comparé* (*Rev. trim.*, 1905, p. 511 et s., p. 584 et s.).

(45) H. Capitant, *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux* (*Rev. crit.*, 1929, p. 71, note 8).

propriété en main commune n'a pas pour autant droit de cité en France, à titre de notion autonome.

Quoi qu'il en soit, étudions les deux cas prétendus d'indivision organisée, et tout d'abord dans un paragraphe 2, l'indivision ou masse héréditaire.

§ 2. — Les solutions législatives, doctrinales et jurisprudentielles relatives à l'indivision héréditaire.

Recherchons tout d'abord si nous trouvons dans l'indivision héréditaire un ensemble d'actif et de passif. *Toute l'évolution jurisprudentielle a consisté à transformer l'indivision héréditaire en une masse autonome, ainsi dotée d'un actif et d'un passif propres, alors que sa composition primitive ne les comportait pas* (46).

Les auteurs constatent unanimement le laconisme excessif dont a fait preuve le Code civil à l'égard de notre institution. Le Code civil traitait très brièvement de l'indivision entre cohéritiers appelés à une même succession, l'indivision était condamnée, au nom des dogmes économiques alors régnant, comme une institution contraire à l'ordre public. Le Code de 1804 considère l'indivision comme un état transitoire qui doit rapidement prendre fin; il réduit la durée temporelle de cette situation par la limitation quinquennale et sa durée en quelque sorte juridique par la règle du partage déclaratif qui anéantit ses effets. Seuls les arti-

---

(46) L'ouvrage capital à consulter sur toute la matière de l'indivision héréditaire en général, et cette évolution en particulier est la thèse de M. Siesse, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, Paris, 1922, *passim*, et sur l'évolution susvisée, p. 110 et s., p. 199 à 350, p. 447 et s.; H. Capitant, *L'indivision héréditaire* (*Rev. crit.*, 1924, p. 19-36 et 84-100); *Tr. prat. de dr. civ. français*, de MM. Planiol et Ripert, t. IV, Les successions, avec le concours de MM. Maury et Vialleton, 1928, p. 571 et s., 741, 707-708, 470 et s.

cles 841, 2205, 1667 à 1671 s'occupent directement ou indirectement de l'indivision héréditaire.

Par ailleurs, toujours dans le même esprit, le législateur de 1804 a limité le plus possible l'étendue des biens, qui seraient compris dans l'indivision.

C'est ainsi que les créances et les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers qui, dit l'article 1220, ne peuvent demander la dette ou ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur. *L'indivision ne comprend donc que des biens corporels*, c'est-à-dire en réalité presque uniquement des immeubles, en raison du peu d'importance qu'avait encore, au début du XIXe siècle, la fortune immobilière.

Dans la pensée des rédacteurs du Code, l'état d'indivision limité aux immeubles doit cesser au plus tôt dans l'intérêt même des cohéritiers. Depuis 1804, un désaccord de plus en plus grand s'est établi entre le droit et les réalités sociales.

Les prolongations d'indivision sont devenues moins rares. Des lois récentes encouragent et imposent même, sur la demande d'un seul des cohéritiers, le maintien de l'indivision dans un intérêt familial. D'autre part, sous l'influence des transformations économiques, les meubles ont pris une grande importance dans la composition de l'indivision héréditaire, et parmi les meubles, les meubles incorporels, en particulier, les créances, biens incorporels; la jurisprudence a été amenée à considérer ces dernières comme des éléments de la masse indivise; en présence de deux articles : l'article 882, qui prescrit de les comprendre dans la composition des lots, et l'article 1220, qui pose le principe de la division des créances et des dettes, articles,

semble-t-il, antinomiques, la jurisprudence, tentant une conciliation, tend de plus en plus à donner le pas au premier sur le second.

L'indivision, telle qu'elle était conçue primitivement, s'est donc transformée; elle se trouve compliquée par l'effet des *dettes* ou des *créances* qui peuvent naître entre cohéritiers et ont leur source soit dans le fait qu'un cohéritier était donataire ou débiteur, ou créancier du défunt, soit dans des actes accomplis postérieurement à l'ouverture de la succession (47).

Ces quelques observations étant faites, opposons de façon plus précise, comme l'ont fait les théoriciens de l'indivision, les règles de la théorie classique concernant la dévolution héréditaire des biens aux cohéritiers et, d'autre part, les règles auxquelles, d'après eux, aboutit, en matière d'indivision, l'observation attentive, assez négligée jusqu'ici, de la loi et de la jurisprudence.

La théorie classique de la dévolution héréditaire en droit français est dominée tout entière par le principe capital de la fusion des biens héréditaires dans le patrimoine de chaque cohéritier. Entre le défunt et l'héritier, il y a une continuité d'appropriation exclusive de toute hérédité jacente; l'effet déclaratif du partage répute immédiats non seulement le transfert global de la masse successorale à l'ensemble des ayants droit, mais les attributions divises qui assignent à chacun sa part.

L'idée de la continuation de la personne vivifie en quelque sorte cette transmission; chaque cohéritier est le continuateur de la personne du défunt dans la mesure de ses droits héréditaires; il est substitué *pro parte* aux droits et

---

(47) Capitant, *Rev. crit.*, 1924, p. 19 et s.; Siesse, *op. cit.*, p. 110 et s.

obligations du *de cujus*. Les créances et les dettes se divisent en autant de créances et de dettes distinctes qu'il y a de cohéritiers. Les créanciers héréditaires ont pour débiteur chacun des cohéritiers, et seule la séparation des patrimoines, mesure individuelle au reste en droit français, les protège contre le concours des créanciers propres de ceux-ci. Le passif successoral ne forme donc pas un passif distinct grevant la masse des biens indivis; il se divise immédiatement entre les cohéritiers, et cette division des dettes est, en principe, définitive.

Qu'advient-il de l'actif héréditaire? Il subit la même division que le passif; la propriété des biens corporels du *de cujus* se transforme en copropriété. Il se forme ainsi des quotes-parts idéales portant sur chaque parcelle des biens, et que chaque cohéritier peut librement aliéner ou hypothéquer, cette liberté étant d'ailleurs, notons-le, très restreinte par l'institution ancienne du retrait successoral et aussi et surtout par l'effet déclaratif du partage.

Donc, il n'existe, dans la doctrine classique, ni passif, ni actif successoral propre, autonome. Néanmoins, il faut faire une réserve.

La masse indivise ne comprend pas seulement les biens existant au jour du décès, mais encore les biens ou sommes soumis soit au rapport des dons, soit au rapport des dettes. Mais ces biens offrent la particularité, conformément à l'article 857, de ne point faire partie du gage des créanciers héréditaires.

Pour les immeubles donnés par le *de cujus*, de son vivant, à l'un de ses héritiers présomptifs, ils doivent,en principe, être rapportés en nature, et deviennent, en conséquence, indivis à compter de l'ouverture de la succession, avant même que le rapport soit effectivement opéré.

Quant à l'imputation en moins prenant, elle s'applique au rapport des donations de meubles et au rapport des dettes. Ces deux rapports donnent naissance à une créance contre qui en est tenu. Mais il importe de noter que cette créance échappe à la règle de la division. En effet, les cohéritiers ne peuvent pas exiger, chacun pour leur part, le paiement direct de cette somme par le cohéritier débiteur, et, réciproquement, les créanciers de ce dernier ne sont pas en droit de soumettre les cohéritiers à la loi du concours, au cas d'insolvabilité de leur débiteur. La loi a organisé ici un mode particulier de règlement qui s'opère par voie de prélèvement fait par les cohéritiers au moment du partage sur les biens héréditaires (art. 830). Il résulte de ce prélèvement que la créance née du rapport reste indivise jusqu'au jour de son acquittement par ce procédé. Le prélèvement n'est pas, à proprement parler, un mode de paiement, c'est un règlement entre le cohéritier et la masse indivise.

La théorie classique est bien obligée de reconnaître, comme nous venons de le voir, que le partage doit être précédé d'une liquidation des droits réciproques des cohéritiers, qui peuvent être soit débiteurs, soit créanciers, et elle doit admettre que cette liquidation comporte des règles particulières exorbitantes du droit commun (48).

Sous cette importante réserve, il est vrai de dire qu'aux yeux des partisans de la théorie classique, le patrimoine du défunt ne forme pas une masse juridique autonome; ses éléments actifs et passifs, sous la réserve ci-dessus indiquée et aussi mis à part les effets de la séparation des patrimoines et de la succession bénéficiaire, se fondent immédiate-

(48) H. Capitant, *op. cit.*, p. 27-29.

ment et absolument lors du décès du *de cujus* dans le patrimoine propre de chacun des cohéritiers.

D'un point de vue théorique, la communauté d'héritiers germanique est, au contraire, une communauté d'affectation revêtue d'une entière autonomie (49).

Alors que, dans la théorie classique française, le patrimoine du *de cujus* s'est trouvé immédiatement absorbé dans le patrimoine particulier des divers cosuccesseurs, qu'il n'existe pas en tant que masse juridique indépendante, dans la conception germanique, l'hérédité indivise est un ensemble se soutenant dans une individualité nettement marquée par le but auquel elle est destinée; son actif est destiné, en premier lieu, à éteindre le passif successoral du défunt, et cette affectation se traduit pratiquement par l'obligation qui incombe aux cohéritiers de liquider avant partage.

La doctrine germanique n'établit pas de corrélation entre le patrimoine et la personnalité : le patrimoine n'est qu'un ensemble de biens soumis à une affectation commune; la communauté d'héritiers n'est que l'ensemble des rapports juridiques affectés au même but de la liquidation du passif successoral; dans la doctrine française traditionnelle, il ne peut qu'en être différemment; en effet, le patrimoine implique une personnalité qui le supporte; or, la personnalité juridique du défunt se divise entre les héritiers au prorata de leur vocation successorale respective; les cohéritiers ne forment pas par leur groupement une personne, donc point de patrimoine successoral indivis.

Cette opposition purement théorique n'exprime point

---

(49) Siesse, *op. cit.*, p. 86, 87, 88, 68 et s. (traditions germaniques de la communauté d'héritiers.

l'état actuel de l'indivision héréditaire, telle que les efforts conjugués de la loi, de la doctrine et de la jurisprudence française l'ont peu à peu élaborée; ces efforts ont tendu à combler cette opposition dans une mesure que nous allons préciser.

Au point de vue de la *composition* de l'indivision, le principe se résumait dans la théorie classique pure, dans l'absence d'actif et de passif autonomes. Que devient ce principe actuellement?

En ce qui concerne les *dettes*, la doctrine et la jurisprudence se sont efforcées d'atténuer considérablement la portée du principe de leur divisibilité. La doctrine et la jurisprudence ont mis en avant l'idée d'indivisibilité du droit de gage des créanciers héréditaires sur la masse successorale jusqu'au partage.

La jurisprudence s'est aperçue que la séparation des patrimoines ne protégeait parfois qu'insuffisamment le créancier contre l'insolvabilité de l'un des cohéritiers. Le seul moyen qui paraissait susceptible de protéger les créanciers héréditaires contre ce risque, c'était de leur accorder le droit de se faire payer de la totalité de leur créance en saisissant directement les biens indivis. Certaines objections se sont élevées contre ce droit de saisie directe, du point de vue de sa faible efficacité dans certaines hypothèses particulières, mais la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à ces objections : elle a reconnu par plusieurs décisions la validité de cette action dirigée contre l'hérédité elle-même.

Aubry et Rau avaient déjà soutenu cette indivisibilité de la masse héréditaire jusqu'au partage en se fondant sur le caractère indivisible de la saisine, en vertu de laquelle l'hérédité constitue ainsi jusqu'au jour du partage un patrimoine aussi indivisible que celui de la personne vivante.

Sans doute, disaient-ils, « lorsqu'il » existe plusieurs héritiers, les droits de chacun d'eux se trouvent restreints par la présence et les droits de ses cohéritiers. Mais cette modification, qui ne concerne que les rapports des héritiers entre eux, reste étrangère, tant que l'hérédité n'a pas été partagée, à leurs relations avec les tiers » (50).

Quel que soit le bien-fondé de cette indivisibilité de la saisine ainsi soutenue par Aubry et Rau, la consécration de l'indivisibilité du droit de gage des créanciers sur la masse jusqu'au partage ne fait que traduire l'individualisation que revêt de plus en plus la masse indivise successorale et son autonomie juridique grandissante (51).

Cette individualité, cette autonomie va nous apparaître très nette en ce qui concerne la liquidation de l'indivision (52).

La liquidation est distinguée par M. Capitant du partage ou allotissement (53). Elle est antérieure au partage. Elle consiste dans l'acquittement des dettes héréditaires et dans le règlement des comptes entre cohéritiers, comptes ayant pour objet de régler soit le rapport des donations et le rapport des dettes, soit les récompenses dues par certains cohéritiers à la masse commune, soit les créances qui peuvent exister au profit des cohéritiers contre la même masse, par exemple la créance du prix de la licitation d'un immeuble. La nécessité d'une liquidation s'impose donc toutes les fois qu'il y a lieu à rapport ou à prélèvement.

Telle que la jurisprudence l'a perfectionnée, cette liquidation nous offre l'exemple d'une autonomie patrimoniale,

---

(50) Aubry et Rau, 5e éd., t. IX, § 609, p. 533 et s.

(51-52) Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, *op. cit.*, p. 571 et s.; H. Capitant, *op. cit.*, p. 84 et s.

(53) *Op. cit.*, p. 84.

qui explique que, contrairement au principe classique de la fusion du patrimoine du défunt dans les patrimoines des héritiers, on admet la possibilité pour la masse successorale de s'accroître ou de se modifier par l'addition de nouvelles valeurs qui n'existaient pas au jour du décès, en un mot, l'existence de phénomènes d'accession et de subrogation.

La masse peut être créancière d'un des cohéritiers; l'article 1220 a vu sa portée très limitée par la jurisprudence, il n'existe pour ainsi dire plus, aux termes d'une évolution trop connue, pour qu'il soit utile de la retracer. La jurisprudence en arrive à décider que le cohéritier qui a reçu du débiteur avant le partage le paiement de sa part de créances en doit rendre compte à la masse, en nature ou en moins prenant, puisqu'il ne peut pas disposer au détriment des autres d'une valeur dépendant de cette masse. Ainsi, les créances restent indivisibles entre les cohéritiers; l'article 1220 ne s'applique plus que dans les rapports du cohéritier et du débiteur commun.

Le phénomène de subrogation réelle le plus important qui se produise au sein de la masse indivise est celui qui a été reconnu par la Cour de cassation, Chambres réunies, par l'arrêt Cholet du 5 décembre 1907 (54).

L'espèce soulevait le problème suivant : Des cohéritiers se décident à mettre en adjudication un immeuble indivis. Cet immeuble est acquis par un tiers. Peut-on admettre que la créance du prix entre par subrogation réelle à la place de l'immeuble dans la masse successorale?

En outre, ce prix d'adjudication est ensuite attribué par

---

(54) D., 1908. 1. 113, avec note de M. Ambroise Colin; S., 1908. 1. 5, avec note de M. Lyon-Caen.

les copartageants à un seul d'entre eux. Grosse difficulté : quel sera l'effet de cette attribution dans le cas où une hypothèque est née sur l'immeuble vendu du chef de l'un des coïndivisaires? Le cohéritier attributaire, qui, par hypothèse, a reçu l'immeuble pour être payé d'un rapport en moins prenant dont lui était redevable le cohéritier du chef duquel est née l'hypothèque, pourra-t-il se prévaloir de son droit et primer le créancier hypothécaire?

À la première question, l'arrêt des Chambres réunies vint répondre affirmativement en décidant que par application de l'effet déclaratif, la créance se trouvait subrogée à l'immeuble dans la masse successorale; il se prononçait aussi par l'affirmative sur la deuxième question.

Certains auteurs ont vu que la jurisprudence, sous le couvert de l'effet déclaratif du partage, consacrait en réalité la théorie des prélèvements (55). Le droit de prélèvement apparaît comme un droit au paiement muni d'un rang de préférence. Peu nous importe la nature précise de cette préférence, du moins pour l'instant. Il nous suffit de faire observer que ce droit s'explique très bien par le principe de l'égalité dans les partages. La masse indivise doit nécessairement, en vertu de ce principe, se partager entre les cohéritiers, suivant la quotité de leurs droits effectifs.

En définitive, ce qui justifie le prélèvement, c'est l'existence d'une masse indivise; c'est là le point capital pour nous. La jurisprudence envisage « les biens indivis comme formant un tout », elle fait de la masse indivise une universalité distincte..., de telle manière qu'une différence s'éta-

---

(55) Bonnecase, *Suppl. au Baudry*, t. V, nos 244-255, p. 511-549, nos 331-342, p. 703-740; Delasalle, *Essai d'une théorie générale du droit de prélèvement entre copartageants*, th. Caen, 1911, p. 42 et s., p. 93 et s.

blisse entre le passif dont chaque cohéritier est tenu vis-à-vis de la masse et celui dont il est tenu vis-à-vis de ses créanciers personnels (56).

C'est ce qui explique que le rapport des dettes s'applique non seulement aux dettes d'un cohéritier antérieures au décès du *de cujus*, mais à celles nées postérieurement à l'ouverture de la succession, mais ayant leur origine dans l'indivision et pouvant être considérées comme des accessoires des biens héréditaires (perception de fruits ou d'intérêts après le décès, dégradation des biens de la succession).

La masse successorale, au lieu d'être créancière, peut être débitrice envers un ou plusieurs cohéritiers. Un cohéritier peut être créancier du défunt ou sa créance peut être née postérieurement du fait de l'indivision (il a payé, par exemple, sur son patrimoine personnel des réparations faites d'un commun accord aux immeubles héréditaires).

Ces créances vont se régler, elles aussi, par voie de prélèvement sur les biens héréditaires. Le cohéritier créancier jouit donc également d'un droit de préférence à l'encontre des créanciers de ses cohéritiers.

Il peut enfin arriver dans une troisième situation que l'un des cohéritiers soit en même temps créancier et débiteur de la masse héréditaire. Comment va-t-on procéder? Il faudra faire la balance de ses créances et de ses dettes, et il y aura un solde créditeur ou débiteur qui entrera seul en ligne de compte (57).

Nous nous sommes efforcé dans les développements qui précèdent, avec le précieux concours des recherches récen-

---

(56) Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, *op. cit.*, p. 575; Siesse, *op. cit.*, p. 205 à 350 (régime juridique des obligations des cohéritiers).

(57) H. Capitant, *op. cit.*, p. 94 à 100.

tes sur l'indivision héréditaire, de donner de cette institution, par rapport à notre étude, une analyse aussi exacte que possible, et d'opposer à la conception ancienne la conception moderne, actuellement en cours d'évolution.

Nous retiendrons avant tout de cette analyse la remarque importante que l'indivision héréditaire apparaît comme un patrimoine, comme un ensemble d'actif et de passif; cet actif et ce passif sont, ainsi que nous le montre la liquidation, en étroite et intime interdépendance.

Ce sont ces caractères que nous allons précisément retrouver dans la communauté entre époux.

SECTION III

LA COMMUNAUTÉ ENTRE ÉPOUX

La nature juridique de la communauté conjugale est et a été de tout temps des plus controversées; les systèmes doctrinaux les plus divers ont essayé d'en donner une explication satisfaisante; les auteurs — pour ne prendre que les opinions les plus saillantes — y ont vu une personne morale (58), une indivision obéissant à des règles spéciales (59), une indivision organisée sur le modèle de la Gesammte Hand (60).

Il y a sans doute de grands intérêts pratiques à adopter l'une ou l'autre de ces théories, mais ce point nous importe peu pour ce que nous voulons démontrer en ce moment.

Ce qui est sûr, c'est que tous les auteurs s'accordent à

---

(58) Ce fut le cas de Troplong, *Droit civil expliqué. Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, t. I, nos 302 et s.

(59) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, p. 277, texte et note.

(60) Masse, *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, th. Paris, 1902; Ricol, *La propriété en main commune et son application au droit français*, th. Toulouse, 1907. — Citons comme partisan de la communauté indivision organisée, M. Capitant, *Rev. crit.*, 1924, p. 71, note 8.

démontrer l'existence d'un patrimoine commun, *d'une universalité faite d'actif et de passif, revêtue d'une large autonomie juridique* (61), autonomie relative, mais certaine, tant au regard du patrimoine de la femme que de celui du mari.

Cette existence d'une masse de biens se remarque très aisément en partant du fait que la communauté est exclusive de l'indivision.

Alors que dans l'indivision il y a confusion de patrimoines entre la part de chacun et son patrimoine propre, il en est autrement, du moins et surtout, au regard de la femme, dans la communauté. Dans l'indivision, il résulte de cette confusion de patrimoines qu'il n'y a pas deux classes de créanciers, il y a uniquement les créanciers des indivisaires, parmi lesquels les créanciers communs pour la quote-part qui appartient à chaque copropriétaire dans la chose indivise; d'où, tous ces créanciers concourront tant sur le patrimoine propre de leur débiteur que sur sa part en indivision, sauf l'effet de l'article 2205 du Code civil quant aux immeubles.

Dans la communauté, il existe bien une confusion entre le patrimoine du mari et le patrimoine de communauté pendant le mariage; mais à l'égard de la femme, au contraire, on constate une séparation très marquée entre son patrimoine propre et celui de la communauté. La loi lui enlève d'abord, en effet, tout droit de disposer de sa part. En outre, l'article 1410 est significatif.

Il est extrêmement aisé de trouver dans le Code civil des textes nous montrant clairement l'existence autonome de cette masse de biens actifs et passifs (62).

---

(61) C'est ce que reconnaît longuement M. Masse, *op. cit.*, p. 446 et s.

(62) Cette masse active et passive, au sein de la communauté conjugale,

En dehors de l'article 1410, il suffit de citer les articles 1483 et 1492 relatifs au bénéfice d'émolument et à la renonciation de la femme à la communauté; ces deux textes montrent le passif comme intimement et inévitablement lié à l'actif; la femme peut bien, aux termes de l'article 1483, n'être tenue du passif que dans la mesure de l'actif, et, d'après l'article 1492, ne pas être tenue du passif en quoi que ce soit; mais, dans le premier cas, elle ne pourra garder une partie quelconque de l'actif avant que le passif ne soit soldé, et, dans le second, l'actif lui échappe irrémé-

---

la caractérisant en somme en grande partie, n'a pas toujours existé dans notre droit; l'époque où elle y est apparue est assez indécise; néanmoins, un auteur récent, M. Lemaire, dans un article très intéressant sur les origines de la communauté entre époux (*N. R. H.*, 1928, p. 584 et suiv.), a tenté de situer cette époque dans le cours de notre histoire juridique. L'auteur s'est proposé de suivre, d'un peu plus près qu'on ne l'avait fait jusqu'à présent, l'histoire des pratiques matrimoniales qui ont été en usage depuis la fin du IXe siècle jusqu'au début du XIIIe siècle. La conclusion, émise par M. Lefebvre, dans le *Droit des gens mariés* (p. 155-158), qui pensait avoir trouvé la preuve que, dès avant la fin de la première race, la coutume s'était établie d'une vraie communauté d'acquêts, paraît à M. Lemaire beaucoup trop hâtive; avant le XIIIe siècle existent des pratiques matrimoniales, non une « *masse* » partageable, après liquidation, à la dissolution du mariage. C'est au XIIIe siècle seulement que se forme le régime de communauté entre époux, tel que le comprendra désormais le droit coutumier français. « Il faut, en effet, dit-il, s'entendre sur le sens du mot communauté. Si l'on veut signifier par là l'esprit communautaire, c'est-à-dire une idée d'association des intérêts pécuniaires des deux époux, se traduisant notamment par une participation de la femme aux acquêts, cet esprit communautaire est très ancien; il remonte au Bas Empire romain... *Mais si l'on entend le mot communauté en son sens technique précis, celui qu'y attachent par exemple nos jurisconsultes du XVIe siècle, c'est-à-dire celui d'un régime matrimonial caractérisé par une masse commune ayant son actif et son passif, autrement dit la communauté de tous conquêts, meubles et dettes, ce régime ne commence à s'organiser qu'au XIIIe siècle.* Cette formation s'est effectuée à partir du XIIIe siècle, surtout sous l'influence de la transformation et de l'extension du crédit chirographaire et aussi d'autres causes, pour l'exposé desquelles nous renvoyons à l'étude minutieuse et convaincante de M. Lemaire. Nous avons voulu montrer par cet aperçu historique très sommaire que la conception technique de la communauté conjugale, masse active et passive, a une existence déjà longue dans notre droit.

diablement pour ne pas avoir voulu risquer de solder le passif.

Poursuivons la démonstration de l'existence individualisée du patrimoine commun par rapport aux patrimoines personnels des époux.

Des auteurs (63), qui nient la reconnaissance de la communauté personne morale, seraient néanmoins disposés à reconnaître le droit de préférence des créanciers de la communauté sur les biens communs, à l'encontre des créanciers personnels, lors de la dissolution de la communauté. On a fait remarquer que le patrimoine du mari et le patrimoine commun se trouvaient confondus et sous l'action des créanciers du mari pendant la durée de la communauté; un auteur avance qu'après tout on peut expliquer l'action des créanciers du mari sur la communauté par l'impossibilité où se trouveraient les tiers de distinguer le passif du mari de celui de la communauté, tout au moins quand il est question du passif du mari survenu au cours de ladite communauté. Par ailleurs, les créanciers de la communauté ont, pendant la durée de la communauté, en quelque sorte, pratiquement, un droit de préférence, puisque les créanciers personnels de la femme n'ont pas d'action sur les biens communs.

« Après la dissolution de la communauté, on pourrait, écrivent MM. Planiol, Ripert et Nast (64), admettre le droit

---

(63) L'exemple de M. Chauvin dans sa thèse (*Etude sur la nature juridique de la communauté entre époux*, Caen, 1906, p. 104 et s.), est tout à fait significatif de l'état d'esprit des auteurs, qui, tout en étant adversaires déterminés de la personnalité juridique de la communauté, sont néanmoins obligés de reconnaître que certains textes fondamentaux de la réglementation de la communauté entre époux ne peuvent s'expliquer qu'avec cette conception : p. ex. art. 1410, 1420 et 1431, 1470 et s., 1401, 2°, et 1403.

(64) T. VIII, *Les régimes matrimoniaux*, p. 194, note 2.

de préférence des créanciers communs sans faire appel à l'idée de personnalité morale : il suffirait de considérer la communauté comme une universalité juridique, *un patrimoine d'affectation*, ayant un passif propre, et qui, à la cessation du régime, n'entrerait dans le patrimoine personnel des époux ou de leurs héritiers que déduction faite des dettes qui le grèvent; les époux ou leurs héritiers n'acquérant qu'un actif net, leurs créanciers personnels n'auraient de droit que sur cet actif net. »

Quel que soit le bien-fondé de cette conception technique, il reste vrai de dire que le patrimoine de communauté revêt une individualité propre; ce qui le prouve, c'est qu'il s'établit des rapports d'ordre juridique entre les patrimoines des époux et le patrimoine commun; et ces rapports, que nous présente la théorie des récompenses, se règlent, lors de la dissolution, par des procédés qui ne laissent pas de se confondre presque avec ceux qui individualisent la masse successorale. La dualité des récompenses, récompenses entre époux d'une part, récompenses dues par la communauté aux époux ou par les époux à la communauté d'autre part, dénotent l'existence distincte du patrimoine commun.

Les décisions rendues en matière de liquidation de la communauté conjugale dans les cas où il y a lieu à reprises et récompenses au profit d'un même époux rappellent irrésistiblement les solutions que l'on adopte, nous l'avons vu, pour les règlements entre la masse successorale et un héritier, et surtout lorsqu'un cohéritier est en même temps créancier et débiteur de la masse héréditaire [65].

---

(65) V. Planiol, Ripert, Nast, t. IX, *Les régimes matrimoniaux*, nos 793 et s., où l'on trouvera exposés les principes directeurs de la liquidation

Les procédés de règlement dont on use en matière d'indivision héréditaire se retrouvent ici.

MM. Ambroise Colin et Capitant (66) définissent ainsi la situation : « Les époux sont en compte avec la communauté; à la dissolution, on arrête les comptes et chacun des époux ne demeure créancier ou débiteur que du solde de son propre compte. Cette façon de procéder n'est pas seulement une simplification que le notaire peut employer ou écarter à sa guise, selon qu'il la juge utile ou dangereuse; c'est une règle fondamentale qui ne peut pas être mise de côté. Au surplus, cette règle de l'indivisibilité du compte de chaque communauté s'applique toutes les fois qu'il y a indivision et qu'il s'agit de procéder au partage de la masse indivise. »

MM. Colin et Capitant croient, à tort selon nous, que la communauté conjugale est une indivision, la nature juridique de la communauté entre époux nous paraissant exclusive de la notion d'indivision. Mais, après la dissolution de la communauté, nous sommes d'accord avec eux pour reconnaître qu'elle devient une véritable indivision, dont nous allons analyser brièvement les caractères dans un appendice.

---

et du partage de la communauté, et où est retracée l'évolution, accomplie sous l'influence de la doctrine, de la jurisprudence et de la pratique notariale, qui a abouti, malgré le laconisme relatif du Code civil, à faire de la communauté entre époux une « masse » de biens, un ensemble d'actif et de passif, de créances et de dettes, tout à fait comparable à la masse indivise héréditaire.

(66) *Op. cit.*, t. III, p. 207.

APPENDICE

L'INDIVISION QUI SUIT LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ DE BIENS ENTRE ÉPOUX

Cette indivision a fait l'objet de la part de M. Capitant d'une étude récente fort importante [67]; nous y trouvons encore l'existence d'une masse active et passive.

L'éminent professeur analyse ainsi la situation : l'indivision résultant de la dissolution de la communauté est distincte de celle qui porte sur les biens propres de l'époux prédécédé et doit donner lieu à un partage séparé; mais, en pratique, tous les biens restent confondus en une masse unique, qui est administrée par l'époux survivant. Mais de même, nous dit M. Capitant « *que la communauté constituait une universalité juridique distincte des biens propres, de même l'indivision qui lui succède va conserver ce caractère. Les anciens biens communs continuent à former un patrimoine distinct des biens propres de chaque indivisaire*, patrimoine désormais soumis aux règles de l'indivision » [68].

---

(67) H. Capitant, *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux* (*Rev. crit.*, 1929, p. 65-123). — *Adde* Brulliard, même sujet, th. Paris, 1927; Bonnecase, *L'institution de la communauté continuée* (*Ann. Univ. Grenoble*, t. XVI, n° 3, et t. XVII, n° 1). — M. Capitant nous fait connaître que cette indivision prolongée est presque la règle dans les familles de la bourgeoisie après la mort du prémourant des père et mère. Dans un but à la fois moral et pécuniaire, à savoir par respect pour l'auteur survivant et afin de modifier le moins possible sa situation matérielle, les enfants s'abstiennent, même s'ils sont majeurs, de demander le partage. On se contente de faire dresser un inventaire de la communauté et des propres du prédécédé; on en reste là, et l'indivision continue et dure souvent jusqu'au décès de l'auteur survivant. C'est à ce moment-là que l'on procède à la liquidation et au partage à la fois de la communauté et des propres des époux. Ainsi se prolonge une indivision double en fait, puisqu'elle comprend non seulement les biens du prédécédé, mais la communauté elle-même.

(68) *Op. cit.*, p. 75.

De ce que cette indivision succède à la communauté et constitue comme elle une *universalité*, résultent, écrit M. Capitant, deux conséquences : elle comprend tous les biens qui faisaient partie de cette communauté; elle comprend également comme contre-partie toutes les dettes qui grevaient la communauté.

La masse indivise comprend donc un *actif* et un *passif;* sa composition a subi la même évolution jurisprudentielle que l'indivision héréditaire.

Que comprend tout d'abord *l'actif ?* (69). Les créances qui font partie de l'indivision postcommunautaire. Alors que pour les créances héréditaires la jurisprudence restreint étroitement, sans la supprimer, l'application de l'article 1220 au profit de l'article 832, en matière de communauté elle va plus loin encore et écarte complètement le premier de ces articles. Jusqu'à la liquidation et au partage de la communauté, les droits des intéressés sur les créances faisant partie de la communauté demeurent incertains ou indivis; ces créances échappent à l'article 1220 et ne sont pas divisées de plein droit de façon à investir chaque communiste de la propriété incommutable de la moitié de ces créances. Cet échec apporté à l'article 1220 s'explique encore ici par la règle de l'égalité des partages, c'est-à-dire par l'existence même d'une masse indivise.

Après les créances, créances de la communauté contre l'un des époux ou de la communauté contre des tiers, l'actif de la communauté continuée comprend encore les fruits, revenus et produits des biens indivis jusqu'au jour du partage; ils accroissent à la masse du fait que celle-ci est une universalité. Les récompenses et indemnités dues par les

---

(69) *Op. cit.*, p. 76 et s.

époux à la communauté produisent intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté; ces intérêts profitent à la masse.

L'actif comprend enfin des biens subrogés à des biens faisant partie de l'indivision.

Quant au *passif* (70) de la masse, qui est composé de deux éléments : les dettes de communauté et les dettes nées au cours de l'indivision, le principe de l'article 1220 se trouve partiellement paralysé dans des conditions particulières; il existe en la matière certaines différences entre l'indivision héréditaire et postcommunautaire, sur lesquelles nous ne pouvons que renvoyer à l'étude de M. Capitant, car leur examen nous entraînerait trop loin.

La *liquidation* de notre communauté ne laisse pas de soulever des questions assez complexes, dont la plus importante est celle de la date à laquelle il faut arrêter les comptes et estimer les biens. Nous ne pouvons mieux faire que de reproduire les développements les plus significatifs consacrés par M. Capitant à la question.

« Un premier point est hors de doute. La composition de la communauté est fixée au jour où celle-ci se dissout, en ce sens qu'à dater de ce moment *la communauté cesse d'être une universalité ouverte, susceptible de s'enrichir, comme elle le pouvait durant le mariage, de nouvelles acquisitions. La communauté ne continue pas, elle se transforme en une masse indivise fermée, au sein de laquelle des accroissements ou des substitutions peuvent bien encore se produire*, mais qui ne peut s'augmenter par le fait de nouvelles acquisitions n'ayant pas leur source dans une des valeurs constitutives de cette masse. Dès lors, c'est au

---

(70) *Op. cit.*, p. 100 à 106.

moment où la communauté a pris fin que l'on doit calculer son actif, puisque ni les successions mobilières ouvertes postérieurement, ni les fruits et revenus des propres, ni les produits du travail personnel des anciens époux n'entrent dans cette masse. C'est à ce moment aussi que le passif doit être établi, puisque les dettes nées postérieurement n'en font pas partie.

» Ainsi, pour faire le bilan de la communauté, il faut se placer au jour de la dissolution. » (71).

Mais cette première règle doit être complétée par une seconde.

Tant qu'elle n'est pas partagée, la masse indivise, quoique fermée, continue à s'accroître des produits et revenus de ses biens; sa composition peut se modifier par l'effet de la subrogation réelle; certaines dettes nouvelles peuvent la grever. Il faut donc établir un nouveau règlement de comptes au jour du partage. D'où cette seconde règle : Au jour effectif du partage, il faut procéder au règlement des comptes de l'indivision, afin de comprendre dans la masse à liquider les produits et intérêts des biens au cours de cette période, les valeurs nouvelles qui y sont entrées par l'effet de la subrogation réelle et d'ajouter au passif les dettes qui sont nées à la charge de l'indivision (72).

Nous pourrions, surtout au point de vue de la mise en œuvre immédiate du patrimoine pris en lui-même, étudier d'autres applications de l'universalité de droit; mais, comme nous le disions au début de l'analyse de cette notion, nous avons donné des exemples, sans prétendre être

---

(71) *Op. cit.*, p. 117.
(72) *Op. cit.*, p. 117-118.

strictement complet. Aussi bien une analyse complémentaire tentée dorénavant ne nous fournirait point des résultats nouveaux ou surtout n'infirmerait point les résultats acquis.

Ces résultats s'expriment dans le trait commun qui réunit toutes les applications précédemment examinées sous une même notion : c'est l'existence dans les masses de biens envisagées d'un passif correspondant à un actif; il nous serait possible d'aborder la synthèse des concepts d'universalité de fait et de droit, car, on le devine, la détermination de ce trait commun est précieuse à notre sens pour traduire l'opposition de ces concepts, mais nous voulons auparavant donner un aperçu synthétique et critique des rapports existant, en ce qui concerne le fondement rationnel de l'universalité de droit, entre les deux conceptions émises sur ce concept et les applications tant immédiates que dérivées ci-dessus envisagées. C'est cette confrontation que nous allons présenter dans le chapitre suivant.

CHAPITRE VI

Examen synthétique et critique des rapports existant entre les conceptions théoriques de l'universalité de droit et les applications immédiates ou dérivées qui en ont été faites en législation et en jurisprudence.

Le présent chapitre a pour but de former une sorte de transition entre l'analyse que nous avons faite des concepts d'universalité de fait et d'universalité de droit et la synthèse, que nous devrons ensuite effectuer, de leurs éléments constitutifs, comme aussi la solution qui sera par nous proposée sur leur opposition. Constituant comme une sorte de conclusion à l'analyse de l'universalité de droit, il prépare aussi la synthèse. Laissant de côté pour l'instant le trait commun, à savoir l'existence d'un passif correspondant à un actif, que nous avons retrouvé à la base de toutes les applications de l'universalité de droit, nous voulons montrer que les deux conceptions théoriques émises sur ce concept peuvent et doivent, à notre avis, être réduites à une seule : *c'est la théorie d'Aubry et Rau que l'on doit conserver en principe comme fondement rationnel de l'universalité de droit.* Si nous arrivons à faire cette dé-

monstration, il nous sera plus aisé, dès lors, de procéder à la synthèse de l'universalité de fait dans son opposition avec l'universalité de droit qui aura été ainsi dégagée par avance du trouble qu'était susceptible de lui apporter, au regard de son fondement rationnel, l'existence dans la doctrine d'une dualité de conception théorique.

Sur la base des faits, nous croyons légitime et amplement justifié de *conserver en principe les données de la théorie classique d'Aubry et Rau, tout en l'amendant sur certains points;* aussi bien était-ce une entreprise bien hasardeuse et vouée d'avance à un certain échec que d'essayer de reconstruire un édifice doctrinal aussi solide et aussi amplement et finement élaboré.

M. le professeur Demogue ne le reconnaissait-il pas, en définitive, quand il déclare (1) : « On peut facilement critiquer cette notion du patrimoine (d'Aubry et Rau)... Et l'on ne s'en est pas fait faute depuis quelques années, à la suite de la puissante attaque de M. Gény. Il est certain qu'Aubry et Rau ont été trop loin dans cette conception subjective du patrimoine et qu'ils ont tiré des solutions légales plus qu'il ne convenait, tout au moins derrière leurs idées voyait-on poindre cette notion pratique vivante de sécurité complète des créanciers. Il s'agirait de voir si l'on en a trouvé une autre pour la remplacer. Au fond, les adversaires de cette conception ont bien parlé d'une reconstruction de la notion de patrimoine, mais je crois qu'ils ont peu reconstruit ou du moins ils sont restés dans une idéologie un peu vague, dont on ne peut rien tirer, et c'est tout naturel, car leur méthode est plus défectueuse que celle d'Aubry et Rau, à travers laquelle on de-

(1) Demogue, *Notions fondamentales de droit privé*, 1911, p. 388.

vine au moins une conception forte : si l'on veut du crédit, il faut armer les créanciers... »

Si nous sommes profondément convaincu de la supériorité de la thèse classique, en tant qu'elle explique le fondement de l'universalité de droit, à savoir son rattachement à la personne, au sujet de droit, il nous paraît au contraire nécessaire de compléter ou de rectifier à la lumière des données actuelles de la science du droit la conception insuffisante ou inexacte que les éminents jurisconsultes avaient mise à la base de leur théorie du crédit chirographaire.

C'est dans cet ordre d'idées que *la théorie d'Aubry et Rau nous semble devoir être retouchée sur deux points d'ailleurs en liaison étroite : l'unité et l'indivisibilité du patrimoine, et l'égalité des créanciers sur la distribution du patrimoine quant à l'exercice du droit de gage.*

Les objectivistes se sont élevés tout particulièrement contre la première proposition; le but de ces auteurs était, pour la partie essentielle, d'expliquer la notion de fondation sans avoir recours à l'idée de personnalité morale ou même à l'idée de personne en général; leur but était aussi d'arriver à faire du fonds de commerce une universalité de droit ayant son passif et son actif propres et exclusifs, les créanciers du commerçant pour faits de commerce ayant un droit de préférence sur les biens constituant le fonds de commerce, mais devant en échange limiter au point de vue passif leur action sur ces mêmes biens.

Une semblable conception n'est pas totalement étrangère au droit privé français; on en a la preuve, nous venons de le voir, en droit maritime avec le patrimoine de mer, encore que cette institution du patrimoine de mer ne réalise pas cette conception d'une manière rigoureuse et absolue;

en tout cas, il faut reconnaître que la formule d'Aubry et Rau est trop exclusive, et que rien ne s'oppose scientifiquement à la reconnaissance dans une mesure variable de patrimoines spécialisés et indépendants au sein du patrimoine général.

D'ailleurs, Aubry et Rau ont reconnu eux-mêmes que, même en droit civil, on rencontrait des universalités juridiques distinctes du patrimoine en général. Si dans le patrimoine on distingue, comme on doit le faire, deux sens : l'un subjectif, l'autre objectif, il est légitime et non contradictoire d'admettre qu'une personne ne peut avoir qu'un patrimoine dans le premier sens du mot et qu'il peut exister plusieurs patrimoines au sein du patrimoine général d'une personne.

Mais il ne faut rien exagérer; nous croyons erronées des affirmations telles que celle-ci : « Il (le patrimoine) se rattache, déclare M. Demogue (2), à la personne parce qu'il a pour but l'avantage de celle-ci. Mais c'est tout ce que l'on peut concéder à la théorie d'Aubry et Rau. Par ailleurs, il en est indépendant, en ce sens qu'il n'est pas nécessairement un comme la personne. » Il n'y a pas, à notre avis, deux hypothèses à distinguer, en considérant le patrimoine comme tantôt dépendant de la personnalité et tantôt en étant complètement séparé; le patrimoine se rattache à la personne ou, plus généralement, à un sujet de droit sur une double base technique et scientifique; ce fondement ne met pas néanmoins obstacle à l'existence au sein du patrimoine le plus général de plusieurs universalités juridiques; au sens purement subjectif, il ne peut sans doute exister qu'un seul patrimoine, puisqu'il se confond

(2) Demogue, *op. cit.*, p. 399.

pour ainsi dire avec la personnalité même du sujet de droit; au sens objectif, bien que toujours relié à un sujet, le patrimoine peut parfaitement se diviser en plusieurs masses ou patrimoines spéciaux.

L'idée qu'il s'agit de mettre en relief est *le lien étroit entre le concept de patrimoine, dans ses diverses applications, sous ses différents aspects, et l'idée de personne;* on ne saurait trop s'élever contre la tendance qui s'est manifestée chez certains partisans extrémistes, si l'on peut dire, de la conception objective qui séparent totalement le patrimoine d'un sujet de droit; contrebattus énergiquement doivent être les efforts qui ont été tentés pour expliquer les masses universelles sociales ou indivises indépendamment de toute idée de sujet de droit par la notion d'universalité séparée, de patrimoine collectif, de propriété en main commune; c'est à la critique de ces points de vue que nous allons nous consacrer.

Il est facile de constater qu'un des auteurs les plus acharnés à mettre à bas la construction classique, nous visons M. Gazin, a pourtant reconnu l'existence d'un rattachement du patrimoine à la personne dans une large mesure, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales (3).

Quelle que soit la nature spécifique assignée par lui à la notion de personnalité morale, il adopte ladite notion pour certains groupements et ne la répudie que pour d'autres; il prend soin de faire observer qu'en faisant du patrimoine un ensemble de droits reliés entre eux par une même destination, il n'aboutit pas forcément à la notion de droits

---

(3) Gazin, *op. cit.*, liv. III, ch. IV (Les sujets juridiques des droits qui, groupés, forment des patrimoines), p. 458 à 479.

sans sujets. Certains patrimoines lui paraissent soumis au régime de la propriété en main commune ayant pour sujet un groupe de personnes physiques : il explique ainsi le fonds social des sociétés civiles et des sociétés commerciales, excepté les sociétés anonymes, les caisses des associations non déclarées et la communauté entre époux; mais il admet, d'autre part, que l'idée de personnalité morale est indispensable pour rendre compte des fondations, des associations et des sociétés anonymes.

Prévoyant l'objection qu'on pouvait lui adresser, Gazin se demande (4) : « Si nous attribuons tous les biens faisant partie d'un patrimoine à un sujet juridique, le même pour tous, à quoi donc aura-t-il servi de dire : ce qui réunit certains biens et permet de les regarder comme un tout, comme un patrimoine distinct, c'est la communauté de leur affectation et non point le fait qu'ils se rattachent à un même sujet juridique, à une même personnalité. »

Il se contente de donner une réponse, qui est plus une affirmation qu'une justification (5).

« La conception du patrimoine, ensemble de biens de destination semblable (*notion que nous regardons du reste comme purement provisoire*) (6), semble mieux rendre compte de la situation des patrimoines tenus en main commune. Il n'y a pas, à vrai dire, en pareil cas naissance d'un sujet nouveau, d'un sujet collectif. Si, pour la détermination des différents patrimoines, on s'attachait au côté subjectif, si l'on faisait de chaque sujet distinct le centre autour duquel se formerait un patrimoine distinct, l'existence de ces ensembles de droits séparés des groupes que

(4) Gazin, *op. cit.*, p. 474-475.
(5) *Op. cit.*, p. 475.
(6) C'est nous qui soulignons.

forment les autres droits qui ont même sujet serait incompréhensible. Il faudrait forcément revenir au système de l'indivision. »

Si Gazin paraît rejeter dans ce passage le caractère subjectif que revêtait l'universalité de droit aux yeux d'Aubry et Rau, il reconnaît pourtant ailleurs, au sujet du patrimoine, que, « par le fait même que cet ensemble se compose de droits, il doit nécessairement cependant avoir des points de contact avec les personnes » (7). « Les droits, en effet, ajoute-t-il (8), exigent, dans la plupart des hypothèses qu'il est possible d'observer, un sujet; ils sont conçus comme pouvoirs appartenant à un sujet. » Il maintient, après avoir combattu la thèse audacieuse du doyen Duguit, le caractère subjectif comme étant de la nature même du droit (9). « La présence d'un sujet, dans tous les cas où elle est possible, complète les autres éléments du droit. Sans sujet actif, le droit n'est point complet. Il existe, mais il n'est pourvu que d'une vie ralentie, ce peut être un droit passé, ce peut être un droit futur, ce n'est point un droit actuel, tant qu'il n'y a point une ou plusieurs personnes capables d'en jouir ou d'en disposer. »

En envisageant non plus absolument des éléments tout à fait théoriques ou abstraits, mais des *applications* plus ou moins concrètes du concept d'universalité de droit, il est aisé de montrer que *l'idée d'affectation est impuissante à fonder rationnellement la technique de ces applications;* et que, même en se plaçant au point de vue technique pur, c'est l'idée de personne qui est toujours, en ce qui concerne ces patrimoines, leur fondement essentiel.

(7-8) *Op. cit.*, p. 456-457.
(9) *Op. cit.*, p. 447.

Pour illustrer ces affirmations abstraites, citons le cas du *bénéfice d'inventaire* et empruntons à MM. Planiol, Ripert et Vialleton ces observations si judicieuses à notre sens : « Le bénéfice d'inventaire conféré à l'héritier par cette acceptation qualifiée, écrivent les savants auteurs (10), est un mécanisme juridique propre à maintenir isolés et à cantonner sur un gage distinct le passif héréditaire et le passif personnel de l'héritier. Un tel résultat suppose nécessairement l'existence d'une séparation des patrimoines, dont l'idée se confond avec la notion même de bénéfice d'inventaire. Ce ne serait pas assez de faire de cette séparation un corollaire, une conséquence, même nécessaire, de ce bénéfice : c'est un élément essentiel de sa structure, le bénéfice d'inventaire même envisagé dans la formule juridique de sa réalisation. A cette séparation des patrimoines, il était possible, continuent ces auteurs, d'assigner des effets plus ou moins complets. Une conception extrême aurait pu se traduire par un isolement absolu de l'hérédité en une masse autonome, soumise à des règles de liquidation spéciales et rapides, et dont la gestion était même concevable en dehors de toute intervention des héritiers. C'eût été sans doute la solution la plus pratique et la plus efficace, mais elle aurait heurté de front les traditions et les tendances de notre droit. L'idée de continuation de la personne a toujours conservé une influence, plus ou moins visible mais réelle, sur la conception française de la dévolution héréditaire. *D'autre part, la notion d'affectation sur laquelle repose forcément l'existence d'une masse de biens autonome, sans personnalité à sa base, notion qui n'a jamais eu droit de cité en*

(10) *Op. cit.*, p. 494-495-496.

France, n'aurait pu ici être masquée que très imparfaitement par une fiction arbitraire de survie du défunt... *C'est entre les mains de l'héritier et sous le signe de sa propriété que les biens héréditaires qui lui reviennent seront soumis à un isolement relatif.* L'isolement ainsi réalisé permet la sauvegarde du patrimoine de l'héritier contre le passif héréditaire. Mais, par une inversion toute naturelle, il en résulte également une assignation préférentielle de la masse successorale au gage des ayants cause du défunt. » La conclusion des auteurs au point de vue législatif s'inspire des considérations précédentes : « *Le détail des réformes à réaliser* peut être discuté sur chaque point particulier; il est souhaitable *qu'il s'inspire des traditions du droit successoral français et s'abstienne d'innovations trop servilement copiées sur des lois étrangères.* »(11).

Ces vérités, si exactes dans le domaine du patrimoine pris dans une de ses formes les plus notables, sont vraies également pour les notions qui sont plus ou moins directement dérivées de sa conception type; nous visons principalement par là la personnalité morale et l'indivision.

En ce qui concerne tout d'abord *la personnalité morale*, la plupart des objectivistes ont été obligés de reconnaître que l'idée de patrimoine d'affectation heurtait de front tout le mouvement contemporain vers la création ou la conservation et la reconnaissance des personnes morales tant en législation qu'en doctrine et en jurisprudence.

Nous avons analysé plus haut ce mouvement tel qu'il s'est traduit en France; mais il ne faudrait pas croire qu'il s'est réduit à notre pays; il a existé ou il existe au moins

(11) *Ibid.*, p. 497.

avec la même force dans des législations et la doctrine étrangères.

Ainsi que le montrent les développements consignés en note (12), ces législations et cette doctrine manifestent la

---

(12) Certaines législations ne sont pas assez explicites pour fournir des indications sûres; en particulier en ce qui concerne la personnalité morale des sociétés commerciales, certaines attribuent expressément la personnalité morale aux sociétés commerciales (art. 116, § 2, C. com. espagnol de 1885) ou une individualité juridique distincte de celle des associés (loi belge du 18 mai 1873, art. 2). Le Code suisse des obligations reconnaît expressément la personnalité morale aux sociétés anonymes et aux sociétés en commandite par actions (art. 623 et 676). La législation commerciale italienne ou d'autres pays présente, au contraire, sur ce point, quelque confusion; néanmoins, une partie importante de la doctrine de ces mêmes pays opte expressément pour la thèse de la réalité (Sur les conceptions émises sur la personnalité morale en droit étranger, voir les renseignements donnés et les nombreux auteurs cités dans Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 155, 157, note 1, *passim*). Dans les législations germaniques même, la réalité des personnes morales est consacrée législativement ou tend au moins à être consacrée dans la doctrine, tant est irrésistible le mouvement de personnification dans le droit. On a excellemment montré que le Code civil suisse, par exemple, a, à sa base, la reconnaissance de la personnalité comme donnée naturelle, rationnelle, politique (V. sur ce point J. Bonnecase, *Suppl. au Baudry*, t. I, nos 314 et s., 317 *bis* et s.; *adde* nos 302 et s.). Le point de départ du Code civil suisse est la notion de personne et de sujet de droit. Le livre Ier, intitulé : *Droit des personnes*, est consacré tout entier à cette notion, considérée successivement sous le rapport des personnes physiques et des personnes morales. Les articles 52 et 53 du Code civil suisse, qui se passent de commentaires, sont ainsi conçus : « Art. 52 : Les sociétés organisées corporativement, de même que les établissements ayant un but spécial et une existence propre, acquièrent la personnalité en se faisant inscrire au registre du commerce... Les sociétés ou les établissements qui ont un but illicite ou contraire aux mœurs ne peuvent acquérir la personnalité. — Art. 53 : Les personnes morales peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme telles que le sexe, l'âge ou la parenté. » *Adde* art. 54, 55, 57. — Ces solutions législatives, dans leur application aux personnes morales, se trouvent implicitement tout à fait conformes à la thèse des personnes morales réelles et à la conception classique du patrimoine. En Allemagne même, où existe la notion de Gesammte Hand, que l'on a appliquée notamment aux sociétés commerciales, l'idée de personne morale réelle rencontre de nombreux partisans (V. outre Michoud, *op. et loc. cit.*, Ricol. *op. cit.*, p. 125-126, 210-211 [211, texte et note 3]); les commercialistes allemands en viennent

consécration de la réalité des personnes morales et par là même se rattachent, au point de vue du concept de patrimoine, à la thèse classique d'Aubry et Rau, qui conserve

---

aujourd'hui à considérer la notion de Gesammte Hand comme insuffisante pour les sociétés commerciales, et à vouloir eux aussi appliquer, sous certaines modalités, l'idée de personnalité morale même aux sociétés de personnes (Cons. compte rendu de l'ouvrage de M. le Professeur K. Wieland, *Handelsrecht*, t. I-II, Dunker et Humboldt, Leipzig, 1921-1931, in *Ann. dr. com.* 1920, t. I, p. 170-171). Enfin, la théorie de la réalité vient de trouver dans le droit belge une consécration législative avec la loi capitale du 29 juin 1921 sur la capacité des associations et des fondations; le problème de la personnalité morale avait été jadis âprement controversé à propos de l'avant-projet de Code civil de Laurent; la question est ainsi tranchée aujourd'hui dans le sens de la thèse, à laquelle nous nous rallions. La loi précitée est analysée dans ses dispositions réglementaires par M. Berthélémy sous le titre « La réforme de la législation belge sur la capacité des associations et des fondations » dans le *Compte rendu de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1922, 2e part., p. 344 à 353; nous renvoyons le lecteur à cette analyse pour ces dispositions, mais nous tenons, malgré la longueur du passage, à reproduire des développements considérables de M. P. de Harven dans son ouvrage : *Individualisme et socialisme*, 1928, p. 29 et s., développements rapportés par M. Bonnecase dans *Problème du droit et science belge du droit civil*, 1931, nos 127 et s. M. de Harven s'exprime ainsi, à propos de la loi précitée, au sujet du problème général de la personnalité morale : ... Tout le problème était d'examiner si le dogme au nom duquel l'homme seul est sujet de droit était ou non une nécessité logique et scientifique dont on ne pouvait s'écarter sans hérésie, et s'il fallait avoir recours aux constructions juridiques les plus subtiles pour expliquer le fait indéniable qu'il existe dans nos sociétés civilisées des organismes vivant à côté des individus, de la même vie qu'eux, pour la raison impérieuse que l'individu isolé ne suffit plus à ses besoins et aux exigences de la vie en société. Pour le savoir, *il suffisait d'analyser la nature profonde des prérogatives sociales que le dogme réservait à l'homme.* Nous avons procédé à cette analyse, et elle nous révèle que ces prérogatives ne comportent rien qu'il soit impossible de retrouver dans des organismes composés, plus complexes et plus puissants que les hommes isolés, pourvu cependant que les facultés physiques et morales de l'homme y interviennent comme élément, sous forme de pouvoir et de volonté. Le problème est, dès lors, résolu; *rien n'impose de réserver à l'homme seul la notion de droit subjectif et de sujet de droit. On nous dira que nous aboutissons à une abstraction. Sans doute! Mais quelle science peut se vanter de n'en pas avoir besoin ?... En quoi nous gêne d'ailleurs cette abstraction, si elle nous a permis de préciser la nature profonde de notions que nous utilisons tous les jours ?* Eh bien! quand le législateur belge (L. 27 juin 1921), quand les partisans de la théorie de la réalité des personnes morales soutiennent que les asso-

dès lors dans son principe toute sa valeur théorique et offre dans ce domaine un immense domaine d'application.

N'en est-il pas de même pour l'indivision?

L'indivision existerait-elle sous le signe du patrimoine d'affectation, de l'universalité séparée? Sous le couvert de la notion d'indivision organisée, certains auteurs compromettent franchement, pour ne pas dire qu'ils la nient, la

---

ciations et les fondations sont des êtres réels, ils disent en un mot ce que nous venons d'expliquer longuement: La réalité des personnes juridiques... n'est pas l'affirmation de l'existence d'êtres fantastiques ou fictifs. L'analyse des bases du droit y conduit sans détour, à notre avis... On aperçoit dès à présent l'étendue et la profondeur de l'œuvre scientifique, patiente et tenace, qui a été consacrée par le législateur belge de 1921, et combien il était vrai de dire au début de ce chapitre qu'en reconnaissant les associations sans but lucratif et les fondations comme des êtres réels, le législateur a fait bien autre chose que conférer un statut légal à ces organismes sociaux. Il n'est peut-être pas très exagéré de dire qu'il a sanctionné une évolution du même ordre que celle qui a conduit à l'abolition de l'esclavage. » (*Op. cit.*, p. 29 et s.). L'auteur complète ainsi sa pensée : « Vaincu par un irrésistible courant de pensée, si le législateur est intervenu en 1921 et a dit que les personnes juridiques sont des sujets de droit réels, ce n'est pas pour instaurer de toutes pièces un régime nouveau, mais c'est bien plutôt pour consacrer la ruine des conceptions erronées de jadis. Le législateur a reconnu qu'il ne lui appartenait pas de créer des personnes juridiques et de refuser l'existence à d'autres, mais que *certains produits sociaux, dont l'observation enseigne les conditions de viabilité, sont des personnes juridiques capables, en principe, de tous les droits et de toutes les obligations, qu'on le veuille ou qu'on ne le veuille pas.* Le législateur a reconnu qu'il ne lui appartenait pas de supprimer les personnes juridiques et de disposer de leurs biens, comme le faisait jadis le pouvoir exécutif, mais qu'au contraire les personnes juridiques continuent d'exister et que *leurs biens* restent *leurs biens* en dépit de toute intervention de l'Etat, aussi longtemps que leurs conditions de viabilité subsistent. Il a reconnu que pour elles *la vie et l'activité ne constituent point une faveur*, qui doive être interprétée restrictivement, mais bien un phénomène naturel; que, dès lors, ce qui doit être interprété restrictivement, ce sont les dispositions limitatives de cette vie et de cette activité naturelles. » Ces développements si suggestifs ont le très grand intérêt de nous montrer implicitement la corrélation si étroite qui existe entre la théorie réaliste des personnes morales et la conception classique du patrimoine.

distinction classique et traditionnelle de l'indivision et de la personnalité morale, et, en outre, se rattachent plus ou moins directement à la conception objectiviste du patrimoine.

A notre avis, c'est toujours la théorie d'Aubry et Rau et les principes traditionnels qu'il faut considérer pour se faire une saine conception technique de l'indivision.

On a excellemment montré que la prétendue notion d'indivision organisée ne tient pas, ne résiste pas aux critiques qui lui peuvent être adressées; de par la nature juridique que revêt l'indivision dans le droit positif actuel, l'indivision et l'organisation sont l'expression d'une contradiction *in adjecto*.

Alors que M. le Professeur Capitant (13) donne comme exemple d'indivision organisée une société qui n'aurait pas la personnalité juridique ou une association non déclarée, notre président de thèse affirme, au contraire, à propos de la nature juridique de la communauté conjugale (14), qu' « une indivision organisée ne peut être qu'une association rentrant dans le cadre de la loi du 1er juillet 1901, ou une société. Ces deux notions d'association et de société, différentes par leur but principalement désintéressé pour l'un et principalement pécuniaire pour l'autre, dominent la notion d'indivision. Dès qu'à l'occasion d'une indivision une organisation apparaît, immédiatement l'essence de l'indivision s'évanouit pour faire place à celle de l'association ou à celle de la société. Par suite, la prétendue notion d'indivision organisée est un mot, et rien de plus ».

Toutes les solutions doctrinales et jurisprudentielles,

---

(13) *Rev. crit.*, 1929, p. 69.
(14) Bonnecase, *Suppl. au Baudry*, t. IV, p. 496-497.

émises pour faciliter le fonctionnement de l'indivision, sont des palliatifs à l'absence de réglementation législative. Dès qu'un groupement de personnes ou une masse de biens sort de l'état inorganique qu'est l'indivision, il constitue une personne morale, il se transforme en un sujet de droit doté d'un patrimoine distinct et autonome. La personnalité morale et l'indivision s'opposent essentiellement parce que la première implique l'existence d'un organe ou organisme, tandis que la seconde, par sa nature même, est une situation inorganisée.

La propriété en main commune ou Gesammte Hand, qui s'absorbe en définitive dans ce prétendu concept d'indivision organisée, est beaucoup moins une notion aux yeux de ses partisans eux-mêmes (15) qu'un ensemble de tendances assez vagues et imprécises. Ses adeptes se réjouissent de ce caractère vague qui les incite encore davantage à adopter ledit concept; il faut, à notre avis, rejeter au contraire cette idée d'indivision organisée; elle n'a point en France de réalité dans la technique juridique et ne peut prétendre au rang de notion autonome (16).

Inexacte ou inexistante théoriquement au regard du droit français, elle y est également inutile, pour rendre compte

---

(15) Ricol, *op. cit.*, p. 102-103; Lebret, *op. cit.*, p. 84.

(16) V. les critiques qui lui sont adressées par M. Siesse, *op. cit.*, p. 492 à 502. A propos de la Gesammte Hand, il déclare que c'est une « erreur de perspective de s'imaginer que le fait d'illustrer une institution par une image équivaut à celui d'en donner une explication rationnelle » (p. 495). La Gesammte Hand lui apparaît comme « *une figure juridique atténuée, dépourvue de tout caractère nettement déterminé, et qui se prête à des variations infinies suivant les institutions auxquelles on prétend l'adapter* » (p. 496). Même en Allemagne, d'ailleurs, certains auteurs nient l'existence de la Gesammte Hand en tant qu'institution autonome (Laband, *Zeitschr. f. d. G. Handelsrecht*, t. XXXI, p. 40 et s.). — *Adde*, Siesse, *op. cit.*, p. 86 et 94.

d'institutions qui en sont directement dérivées, comme l'indivision héréditaire.

Observons tout d'abord que, malgré les efforts tentés en jurisprudence pour organiser l'indivision héréditaire, les auteurs sont bien forcés de reconnaître en définitive plus ou moins expressément qu'il n'y a là que des palliatifs à une inorganisation peut-être regrettable en législation, mais qui n'en existe pas moins essentiellement dans le droit positif actuel (17). Au surplus, la tendance du moment ne semble pas être dans le sens d'un changement de législation ou de réformes massives (18).

La doctrine française se rend compte de plus en plus qu'il est au moins inutile d'encombrer la technique française d'institutions empruntées au droit étranger, en l'espèce, à l'Allemagne, puisque les solutions jurisprudentielles aboutissent à un résultat analogue sensiblement à celui auquel aboutit — et encore en pure théorie — la Gesammte Hand, en particulier pour la liquidation des communautés ou indivisions.

Au lendemain de la promulgation du Code civil allemand, la doctrine française fut prise d'un engouement subit et violent pour ce monument législatif considéré comme parfait; elle fit un rapprochement, en ce qui concerne la liquidation des successions et des communautés, entre les solutions détaillées du Code germanique et le laconisme de notre réglementation législative en la matière et l'absence de tout caractère scientifique dans l'interprétation ultérieure; mais aujourd'hui on n'hésite pas à déclarer

---

(17) Capitant, *op. cit.*, p. 84 et s.; Siesse, *op. cit.*, p. 151 et s.; Guillet, *De l'administration des successions indivises*, th. Caen, 1930, p. 181 et s.
(18) V. à ce point de vue Guillet, *op. cit.*, Conclusion.

qu' « avec le recul du temps et alors que le Code allemand commence à prendre de l'âge, cette admiration pour la législation germanique s'est quelque peu atténuée. En tout cas, dit le savant auteur, pour ce qui concerne la liquidation des successions et des communautés conjugales, la critique du droit français était manifestement exagérée, car prétendre que notre droit n'a pas organisé cette liquidation, c'est oublier certains textes importants du Code civil français, tels que les articles 826, 829, 830, 832 et 869 pour la liquidation des successions, et les articles 1468 à 1491 pour la liquidation des communautés, et c'était méconnaître la théorie remarquable à bien des égards que la jurisprudence a progressivement construite sur les prélèvements entre copartageants et sur l'effet déclaratif du partage. Code civil et jurisprudence se complètent et l'on doit reconnaître qu'il y a une théorie française de la liquidation des successions et des communautés qui, sur bien des points, mais par des procédés techniques différents, conduit aux mêmes solutions que le droit allemand » (19).

Cette théorie conduit certes à des solutions presque identiques, et il faut ajouter même à des solutions plus précises et plus conformes aux principes traditionnels du droit français : il est aisé de se rendre compte de la véridicité de ces affirmations, ne serait-ce qu'à l'occasion du problème des conditions de limitation de la responsabilité des héritiers; on a prétendu souvent que ces conditions varient profondément suivant que l'on admet le principe de la continuation de la personne ou celui de la succession aux biens; le premier entraînerait comme conséquence logique la responsabilité illimitée de l'héritier (système français

(19) Note de M. Nast, sous Cass. civ., 25 juill. 1923, D., 26. 1. 153.

en thèse), alors que le second impliquerait sa responsabilité limitée (système allemand en thèse). Mais il a été noté avec raison qu'en fait le bénéfice de la responsabilité limitée n'est acquis à l'héritier aussi bien en France qu'en Allemagne que s'il accomplit certains actes positifs qui consistent dans l'observation des formalités légales. Le fonds de la controverse n'est-il pas, en définitive, une querelle de mots ? Cette discussion ne se résume-t-elle pas à cette question posée sous forme d'une double alternative : la responsabilité est-elle en principe limitée, tout en pouvant devenir illimitée ? Est-elle au contraire illimitée, mais limitable ? (20).

M. Siesse (21) remarque que les deux conceptions peuvent se défendre, mais il a soin d'ajouter que la première lui apparaît comme un principe d'une haute moralité et d'une indiscutable valeur au point de vue de ce qu'il appelle « l'éducation législative ». L'examen détaillé de l'organisation positive des législations anglo-saxonnes l'amène à penser, au surplus, que l'intérêt de la distinction de la règle romaine de la continuation de la personne et du principe germanique de la succession aux biens ne réside pas dans l'étendue plus ou moins grande de la responsabilité effective de l'héritier, mais dans l'exigence d'une liquidation préalable du passif pour être admis au bénéfice de la limitation de cette responsabilité.

Ainsi donc, bien que la jurisprudence française ait donné à la masse successorale une certaine individualisation, elle n'a pas répudié les principes traditionnels que l'on peut dégager de la conception classique du patrimoine; on vient de voir à quoi se réduit l'opposition de la continuation de

---

(20) Siesse, *op. cit.*, p. 296.
(21) Siesse, *op. cit.*, p. 295 à 297.

la personne et de la succession aux biens : la thèse d'Aubry et Rau ne met nullement obstacle à ce que le patrimoine, au sens objectif, à la mort du *de cujus*, soit liquidé comme une masse de biens.

On peut conclure de tout l'exposé précédent, en empruntant à un philosophe du droit (22) ces observations, faites par lui dans des termes spirituellement significatifs et gardant toujours leur valeur de sage conseil (sans faire montre pour autant d'un nationalisme juridique déplacé), on peut conclure, disons-nous, qu' « il est fort joli de jeter les yeux au delà de nos frontières, de connaître toutes les finesses de la pensée allemande, mais encore faut-il savoir se garder d'un presbytisme par trop aigu ne permettant de voir que ce qui se passe à 800 kilomètres et rendant aveugle pour ce qui arrive sur le sol que nous foulons, fût-il même creusé d'un puits, comme dans le cas de l'astrologue ».

La jurisprudence française ne peut reconnaître ces idées de patrimoine séparé ou en main commune, qui présentent des rapports étroits avec une conception de la propriété, qui, en définitive, quoi qu'on dise et quoi qu'on fasse, n'est pas admise par le droit français, qui ne connaît que la propriété individuelle et des droits directement reliés à la personne qui est leur sujet (23).

Par conséquent, le principe posé par Aubry et Rau reste

---

(22) Boistel, *Le Code civil et la philosophie du droit*, dans le *Livre du Centenaire du Code civil*, t. I, p. 54.

(23) Il en est autrement *en droit anglais*, où existent des formes originales d'appropriation et où, en particulier, *les différents cas d'application des « trusts » réalisent autant de patrimoines d'affectation*, se rapprochant singulièrement des Zweckvermögen germaniques; mais, encore une fois, c'est en vain que l'on prétend trouver en France l'équivalent technique de ces institutions. V. pourtant, en ce sens, P. Lepaulle, *Les fonctions du trust et les institutions équivalentes en droit français* (*Bull. Soc. lég. comp.*,

sauf, à savoir que tout patrimoine est rattaché à un sujet de droit; l'universalité de droit se relie à une personne physique, dans l'indivision, à plusieurs personnes physiques, qui en sont cotitulaires, ou à une personne morale.

La personnalité morale est une notion susceptible de variétés dans ses applications, bien qu'étant une dans son essence; c'est ainsi que nous voyons dans la communauté entre époux une société civile à personnalité atténuée, le mari, par son administration, constituant de par la loi même un élément sérieux d'organisation.

Donc, tout en reconnaissant l'existence de patrimoines spécialisés ou d'affectation au sein d'un patrimoine général, nous ne donnons pas à cette idée d'affectation la por-

---

1929, p. 312 et s.). Cet auteur fait observer qu'un trust est dans son essence un patrimoine affecté; ses éléments forment « un tout séparé » et reçoivent une affectation déterminée; il n'est pas nécessaire, dit-il, que le bénéficiaire du trust (*cestuy que trust*) soit un sujet de droit. « Quand le trust est valablement constitué, les biens sur lesquels il porte ne sont plus dans le patrimoine d'aucun individu. Sans doute, on dit souvent que le *trustee* est propriétaire; cela signifie seulement qu'il a à sa disposition tous les droits nécessaires pour accomplir sa mission... Mais cela ne veut pas dire que les biens tombent dans son patrimoine : en effet, ses créanciers ou ses héritiers n'ont aucun droit sur eux, et lui-même n'en a pas davantage en dehors des limites de la mission dont il est investi. Les biens ne sont pas non plus dans le patrimoine du bénéficiaire, car, d'une part, dans de très nombreux cas, ce n'est pas un sujet de droit, et, d'autre part, ce qui tombe dans son patrimoine ce n'est que l'intérêt plus ou moins étendu qu'il tire de ces biens en vertu des modalités du trust, et ce n'est jamais la pleine propriété des biens sur laquelle ses héritiers et ses créanciers sont également sans emprise. *Si ces biens, ne sont dans le patrimoine d'aucun sujet de droit, ils constituent, pris en eux-mêmes, une universalité, un véritable patrimoine indépendant... Ce patrimoine, en se libérant du sujet de droit, s'est libéré du même coup de la notion de propriété individuelle.* » (*Op. cit.*, p. 313-314.) C'est là une conception qui peut s'expliquer par le caractère absolument original du droit anglais en ce qui concerne précisément le droit des biens (sur les trusts cons. Curti, *op. cit.*, t. I, p. 173 et s.; Jenks, *op. cit.*, art. 1765 et s.), mais qui, encore une fois, n'est point celle du droit français. — *Adde*, sur l'idée de trust patrimoine indépendant, J. Escarra, *Les fondations en Angleterre*, th. Paris, 1907, p. 367 à 380, spéc. p. 370 et p. 374.

tée que certains auteurs modernes ont voulu à tort, d'après nous, lui assigner; nous conservons le fondement essentiel de la théorie classique et tenons l'affectation pour une idée subordonnée scientifiquement et techniquement à celle de personnalité, qui participe de l'essence même de la règle de droit.

En second lieu, *l'égalité des créanciers quant à leur droit de gage sur le patrimoine de leur débiteur est un principe qui n'est exact dans l'état actuel du droit civil français qu'avec certains tempéraments.* Des auteurs récents ont montré que la formule était trop absolue et surtout que la théorie du créancier chirographaire qu'on prétendait en déduire était fausse dans son principe comme dans sa portée (24).

---

(24) Ce sont les continuateurs d'Aubry et Rau, en particulier l'ancien doyen de la Faculté de droit de Bordeaux, Baudry-Lacantinerie, plus que les éminents jurisconsultes de Strasbourg ou les adeptes de l'Ecole de l'exégèse au cours du XIXe siècle, qui ont érigé le dogme du créancier chirographaire ayant cause universel. Cette théorie est encore soutenue par quelques auteurs éminents (V. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 1930, p. 71 et 668, qui s'y rallie expressément); néanmoins, certains jurisconsultes ont constaté que cet axiome prétendu ne correspondait pas à la réalité positive; ils ont montré que le créancier chirographaire, loin d'être un ayant cause universel au même titre que le successeur universel, ressemblait plutôt à un ayant cause à titre particulier. (Cons. M. Laborde-Lacoste, *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français*, th. Bordeaux, 1916, qui s'est élevé le premier contre la théorie alors dominante; J. Bonnecase, *La condition juridique du créancier chirographaire. Sa qualité d'ayant cause à titre particulier*, *Rev. trim.*, 1920, p. 103 et s., et *Suppl. au Baudry*, t. V, chap. v, Les créances chirographaires à gage spécialisé; *adde* J. François, *La propriété de la provision en matière de lettre de change*, th. Bordeaux, 1930, p. 182 à 229, qui a appliqué cette conception nouvelle du crédit chirographaire à la détermination de la situation juridique du porteur, dans lequel il voit un créancier chirographaire à gage individualisé; *adde* Filip, *De la nature juridique du droit des créanciers chirographaires*, th. Paris, 1922, dont l'ouvrage s'inspire étroitement des conceptions émises par M. Laborde-Lacoste dans sa thèse précitée.) Sans insister outre mesure sur la question dont on retrouvera les éléments longuements développés dans les ouvra-

En réalité, le créancier chirographaire est un ayant cause à titre particulier; la démonstration de ce caractère des créanciers chirographaires permet ainsi de trouver une explication rationnelle de toute une série de dispositions du Code civil ou du Code de commerce; elle est complétée par une classification des créanciers chirographaires en

---

ges précités, présentons seulement quelques observations : Le dogme du créancier chirographaire ayant cause universel reposait, semble-t-il, sur une confusion commise entre le droit du créancier et la garantie de ce droit. Les auteurs que nous avons cités ont montré que le droit du créancier est toujours le même, c'est le droit d'exiger du débiteur soit un objet individualisé, soit une valeur déterminée, la garantie est variable. Du point de vue juridique, sinon du point de vue économique, le droit de créance est entièrement indépendant de sa garantie. On s'est aperçu que le droit de gage général du créancier sur le patrimoine de son débiteur était souvent insuffisant contre le risque d'insolvabilité de ce dernier. Les efforts conjugués de la jurisprudence, de la doctrine et même du législateur ont tendu à concentrer le droit de gage de ces créanciers, soit sur une quote-part du patrimoine du débiteur, soit sur un élément déterminé du patrimoine. M. François (*op. cit.*, p. 222-225) a très bien montré que cette attitude, qui paraît au premier abord heurter les termes mêmes des articles 2092, 2093, 2094, est parfaitement conciliable, sinon avec leur lettre, du moins avec leur esprit. La consécration de l'article 2092 correspond à la nécessité d'asseoir le crédit général d'une personne. Si ce gage général se révèle insuffisant pour assurer la sécurité de ces créanciers, pourquoi ne pas leur reconnaître un droit plus fort, plus déterminé ou plus spécialisé ? L'article 2094 comporte des termes qui ne correspondent aucunement à la réalité : il existe incontestablement d'autres causes de préférence que les privilèges et les hypothèques; M. Bonnecase (*Suppl. au Baudry*, t. V, p. 723) en donne une énumération complète; si les principales causes de préférence demeurent les privilèges et les hypothèques, ce ne sont pas les seules. Ainsi va s'établir toute une hiérarchie parmi les créances chirographaires, à laquelle M. le Professeur Bonnecase (*op. cit.*, p. 700), applique une heureuse dénomination, celle de créances chirographaires à gage spécialisé. Parmi les créanciers, les uns ont pour gage le patrimoine entier de leur débiteur, sans aucune affectation particulière de tel ou tel élément concret de ce patrimoine : ce sont les créanciers chirographaires à gage *général* ou *indéterminé*, qui subissent toujours la loi du concours et dont la situation est la moins avantageuse. D'autres ont pour gage une quote-part variable du patrimoine de leur débiteur; ce sont des créanciers chirographaires à gage *déterminé;* parmi eux, on peut ranger ceux auxquels est affectée, d'une manière particulière, une quote-part du patrimoine du débiteur ou même, à la rigueur, d'un tiers, quote-part qui leur sera dévolue par voie de prélèvement et par préférence aux autres créanciers ou à des cohéritiers (Bonnecase, *op. cit.*, p. 702). Tels

plusieurs catégories, suivant leur position vis-à-vis des éléments constitutifs du patrimoine de leur débiteur.

Les créances chirographaires à gage spécialisé réalisent ainsi une affectation, une assignation préférentielle de certains biens, de certains ensembles de biens au profit de certaines catégories de créanciers, sans donner naissance pour autant à des patrimoines d'affectation au sens germanique du mot, c'est-à-dire indépendants de toute personnalité.

Dans les applications de l'universalité de droit, nous avons rencontré sous le signe du sujet de droit des patrimoines spécialisés au sein du patrimoine général ou des hypothèses où des créanciers ont sur certains éléments du patrimoine de leur débiteur une créance plus limitée mais plus forte que le droit de gage général.

---

sont *les créanciers du commerçant après le jugement déclaratif de faillite* (*on explique ainsi fort bien le caractère juridique du dessaisissement*), les cohéritiers ayant le droit d'exercer un rapport des dettes, les donataires successifs de sommes d'argent payables au décès du donateur; les *créanciers* qui peuvent se prévaloir de la *séparation des patrimoines*. D'autres créanciers, enfin, dits créanciers chirographaires à gage *individualisé*, ont pour gage un bien individualisé du patrimoine de leur débiteur ou d'un tiers (Bonnecase, *op. cit.*, p. 746) : tels sont les créanciers du commerçant et de l'armateur, dotés d'un droit de suite sur le fonds de commerce et sur le navire, l'acheteur dans la vente par navire désigné, le preneur à bail d'un immeuble, les divers créanciers qui peuvent se prévaloir du droit de rétention, le créancier saisissant un immeuble, la femme dotale réclamant une dot incluse dans un bien paraphernal, le créancier au profit duquel joue la compensation (V. François, *op. cit.*, p. 226-227, qui, à ces cas, ajoute le porteur de la lettre de change). On passe ainsi par une série de transitions du créancier muni d'une hypothèque légale au créancier chirographaire à gage général; ces situations intermédiaires sont les suivantes : créancier hypothécaire ordinaire, créancier muni d'un privilège général, d'un privilège spécial, créancier chirographaire à gage individualisé, créancier chirographaire à gage déterminé. Nous pensons avec M. François (*ibid.*) que ces transitions ne doivent pas nous étonner; elles sont la marque de la vie, faite le plus souvent de nuances et de variétés; elles donnent à notre avis une excellente interprétation technique des formes infiniment diverses qu'est susceptible de revêtir à notre époque le crédit chirographaire. Par ailleurs, cette classification retouche les formules d'Aubry et Rau, sans leur ôter leur caractère de vérité principielle.

Encore une fois, ces retouches étant faites, la théorie d'Aubry et Rau se dresse toujours comme un monument défiant l'assaut de la critique et l'usure du temps. Les éminents jurisconsultes avaient peut-être trop relié ensemble les idées de patrimoine et d'universalité de droit et n'avaient pas assez montré — ce que nous nous sommes efforcé de dégager — que la notion d'universalité de droit, avec le caractère spécifique qu'elle présente, à savoir l'interdépendance en son sein d'éléments actifs et passifs, avait de nombreuses applications concrètes; qu'en dehors du patrimoine, elle se diversifiait en notions multiples ou se trouvait à la base de notions multiples, présentant entre elles des différences notables, telles que la personnalité morale, l'indivision, la communauté entre époux, qui ne s'expliquent pas sans doute uniquement par elle, mais qu'elle rapproche par les mêmes traits communs.

Les adversaires de la théorie classique allaient dépouiller l'idée d'universalité de droit de son contenu, remonter plutôt à l'idée d'universalité, qu'ils finirent par considérer comme un nuage métaphysique, obscurcissant la réalité. Cette idée étant ainsi réduite à peu de chose, les variantes prétendues d'universalité de droit et de fait ne leur paraissaient pas suffisamment distinctes pour en faire des notions autonomes. C'est contre cette opinion que nous allons nous dresser dans les chapitres suivants, au cours desquels nous proposerons notre solution sur le problème de la nature juridique et de la distinction des universalités de fait et des universalités de droit. Cette solution ne sera justifiée que par l'examen critique préalable des conceptions dominantes émises sur ce problème; c'est à cet examen que nous allons nous livrer dans le chapitre VII.

CHAPITRE VII

Solution proposée sur les concepts d'universalité de fait et de droit pris en eux-mêmes et dans leur opposition.

I

ETUDE CRITIQUE DES CONCEPTIONS FORMULANT DE MANIERE INEXACTE CETTE OPPOSITION OU NIANT L'EXISTENCE DE SES TERMES ET SON BIEN-FONDE

Avant de procéder à cet examen critique des diverses conceptions émises sur nos notions ou leur opposition, il est nécessaire au préalable de nous justifier en quelque sorte de l'emploi que nous avons fait au cours de ce travail de différents *concepts;* l'étude que nous avons entreprise pose *le problème général du conceptualisme appliqué au droit.*

Dans l'introduction de notre thèse, l'examen des traits essentiels, des bases et de la méthode de l'Ecole scientifique a montré la place importante que doit occuper aux yeux de ses partisans l'étude des notions juridiques dans la tâche complexe du juriste. De nombreux auteurs, avons-nous remarqué, ont tenté de s'acquitter avec leurs ressources propres de cette mission qui leur était impartie d'après le programme de la doctrine générale, à laquelle ils se ratta-

chaient. Ce mouvement doctrinal s'est trouvé contrarié sinon arrêté par les tendances purement critiques de ces auteurs qui, au lieu de construire les notions préalablement analysées dans une synthèse féconde, ont cherché au contraire à les démolir, faisant preuve en toute occasion d'un ardent anticonceptualisme.

Ces auteurs ont renoué pour le droit la tradition de vives controverses, représentée au moyen âge par la querelle des « universaux » ou problème de la réalité des idées générales; le mouvement anticonceptualiste moderne s'est appuyé au surplus sur une conception quelque peu erronée de la technique juridique.

M. le doyen Gény, qui proclame la supériorité de la science sur la technique, tout en reconnaissant l'importance de la technique juridique, n'hésite pas dans certaines parties de son œuvre à repousser la nécessité des concepts en matière scientifique et même sur le terrain technique; il prétend que le procédé des concepts n'est pas vraiment indispensable pour l'acquisition ou la mise en œuvre des solutions juridiques, « qu'un examen attentif des principales questions de la jurisprudence moderne tend à montrer que l'interprétation juridique ne peut que gagner en précision, en fermeté, aussi bien qu'en heureuse fécondité, à éloigner le plus possible le mirage des constructions imaginaires, pour s'attacher de plus en plus fort au roc solide des convictions et des intérêts, qui restent les inspirateurs ou les soutiens des plus menus préceptes du droit » [1].

---

(1) *Science et technique*, t. III, n° 220, p. 198. V. la critique par M. Bonnecase de la conception, à ses yeux excessive, professée par M. Gény sur la fonction de la technique dans l'élaboration du droit civil (*Suppl. au Baudry*, t. I, n^{os} 249 et s.).

Certes, l'éminent doyen de Nancy a raison de réprouver les « constructions imaginaires » qui ne puisent pas leur source dans le terrain solide des réalités et des intérêts, pour presque rappeler ses propres termes; mais si l'on doit s'écarter de ces théories sans base solide et n'élever des constructions doctrinales que si elles apparaissent par une observation expérimentale minutieuse conformes à la réalité des faits, il ne faut point pour autant conclure, à notre avis, à l'encontre des affirmations peut-être un peu exagérées de M. Gény, à l'abandon des concepts dans le système du droit, dans la science juridique.

On a montré, sans qu'il nous soit besoin d'insister, tant il est banal de l'affirmer, que les adversaires des notions juridiques ne peuvent pas plus au nom de la science que de la philosophie songer à les proscrire du domaine du droit; le droit, pas plus que toute autre science, ne peut se passer de notions; la science est liée aux concepts, car le réel ne parvient jusqu'à nous qu'à travers les concepts (2). Les auteurs pragmatistes eux-mêmes posent, en effet, en principe, la nécessité des concepts (3). Soutenir le contraire

---

(2) J. Bonnecase, *Suppl.*, t. I, nos 323 et s., nos 325 et s.

(3) « Depuis Aristote, écrit William James, le fondateur du pragmatisme, dans l'*Introduction à la philosophie* (trad. Roger Picard, Paris, 1914, p. 67 et s.); tous les philosophes admettent franchement la nécessité, pour une connaissance complète du réel, de la collaboration des sens et de l'intelligence..., les choses réelles sont particulières... et les philosophes grecs se formèrent de bonne heure cette notion que la connaissance des « universaux », c'est-à-dire de concepts abstraits en forme, qualités, nombres et rapports, constituait la seule connaissance digne d'un esprit vraiment philosophique... De cette considération naquit la tendance qui persista à travers toute l'histoire de la philosophie d'opposer la connaissance des choses universelles et intelligibles, considérée comme divine, sublime et honorable pour celui qui la possède, à la connaissance des réalités particulières et sensibles, considérée comme une fonction relativement inférieure, et qui nous apparente aux animaux... Pour les philosophes rationalistes, la connaissance conceptuelle n'était pas seulement la plus noble,

serait, observe M. Bonnecase (4), faire prévaloir de façon absolue avec la philosophie de M. Bergson la pensée intuitive sur la pensée discursive, ce qui ne concorderait point avec la place importante que l'on assigne actuellement à la « philosophie de l'intelligence » ou néo-intellectualisme dans l'élaboration du système du droit (5).

Ainsi donc, les concepts gardent, en droit comme dans toute autre science, une grande valeur théorique et pratique; il est vain et dangereux de répudier témérairement leur utilisation; ils sont l'armature de toute science; précieux pour la technique juridique, ils contribuent à une saine compréhension de la science du droit. La négation de ces vérités courantes mais certaines a conduit les auteurs, dont nous avons signalé plus haut les efforts destructeurs, à nier la réalité scientifique de concepts importants du droit, à n'y voir que des « commodités de langage », il en a été ainsi pour la notion d'universalité et ses variantes.

Nous nous demanderons d'abord si la construction théorique de la notion d'universalité et de ses variantes manifestant entre elles une opposition déterminée *peut* être tentée, alors que des auteurs éminents ont affirmé que

---

mais elle était complètement indépendante, dans son origine, de toute perception particulière. Des concepts tels que ceux de Dieu, de perfection, d'éternité, d'infini, d'immutabilité, d'identité... et le rôle qu'ils jouent dans notre esprit ne peuvent, pensait-on, s'expliquer comme de simples résultats de l'expérience sensible..., la connaissance conceptuelle doit être considérée comme une révélation originale du réel, et les écrivains rationalistes nous l'ont toujours présentée comme l'intermédiaire qui nous met en rapport avec le monde divin, le monde non pas des objets périssables, mais de l'universel, des qualités essentielles, des relations immuables et des principes éternels du vrai et du juste. »

(4) *Intr. à l'ét. du dr.*, 1931, 2e éd., p. 358.

(5) Sur ce point, cons. Bonnecase, *Intr. ét. dr.*, nos 188 et s., spéc. nos 237 et s.

l'universalité n'est qu'un « *flatus vocis* » et qu'elle n'offre pas des variantes suffisamment distinctes pour qu'on puisse les opposer. Si cette conception dominante française doit être rejetée, faut-il se rallier à certains critères proposés pour distinguer les diverses sortes prétendues d'universalité ? Faut-il avoir recours pour donner une classification de tous les ensembles de biens intégralement à une division tripartite et non plus seulement dualiste ? Ce sont les points que nous allons étudier dans les trois sections du présent chapitre.

SECTION PREMIERE

CRITIQUE DE LA DOCTRINE FRANÇAISE DOMINANTE QUI NIE L'EXISTENCE OU LA PORTÉE DE L'OPPOSITION DES UNIVERSALITÉS DE FAIT ET DE DROIT ET NE VOIT DANS LESDITES NOTIONS QUE DES MODALITÉS PUREMENT TECHNIQUES

La notion d'universalité se présente incontestablement, dans la doctrine française moderne, sous un aspect *assez trouble et confus*. Les auteurs paraissent néanmoins s'être mis d'accord sur un point : *le caractère purement technique* à leurs yeux de cette notion. Mais les divergences d'opinion se manifestent par ailleurs pour tous les problèmes que soulève cette notion difficile.

Ces divergences paraissent dues à *deux causes* essentielles : les auteurs qui s'en sont occupés de façon le plus souvent, au reste, tout à fait incidente étaient des exégètes, partisans convaincus de la conception historique du droit, qui allaient chercher dans l'ancien droit une solution de la nature juridique du concept d'universalité et se sont trouvés en présence des plus graves controverses sur son

principe comme sur ses applications. En second lieu, en raison d'ailleurs de l'adoption de ce point de vue, la plupart de ces mêmes auteurs ont estimé que l'universalité de droit et l'universalité de fait ne constituaient pas des notions distinctes ou, si l'on préfère, des variétés suffisamment distinctes d'une même notion (6).

Illustrons ces affirmations par quelques exemples significatifs de citations empruntées à ces auteurs.

§ 1. — Aperçu synthétique de cette doctrine.

Comme nous l'observions naguère dans la théorie objective, l'idée de patrimoine et l'idée d'universalité sont confondues dans la même critique. C'est ainsi qu'à propos du caractère intellectuel que présentait le patrimoine chez Aubry et Rau, les auteurs de la thèse objective se livrent à des critiques d'une ironie caustique et prennent même parfois le ton d'une raillerie humoristique. C'est, en particulier, le cas de M. Jallu, ainsi que l'on peut s'en rendre compte par les développements consignés en note (7), et qui sont particulièrement significatifs.

---

(6) Bonnecase, *Suppl. au Baudry*, t. IV, n° 252, p. 519.

(7) L'idée d'universalité, déclare M. Jallu, n'est pas autre chose qu'une « faculté » juridique (*a*). Comme les facultés de l'esprit, ce n'est que la personnification d'une cause, la réalisation de certaines conditions données dans l'abstraction, et c'est pour avoir perdu de vue cette portée relative, pour avoir érigé ces abstractions en entités distinctes et indépendantes, qu'ici, aussi bien que là, on a perdu tout contact avec les réalités. Dans le droit comme dans la psychologie, on a substitué ainsi une étude verbale à l'étude des faits. » M. Jallu s'en prend ensuite à la notion de personnalité du patrimoine : « Pour si exacte qu'on la tienne, il faut bien avouer que c'est une notion dérivée. Elle s'abstrait de celle d'universalité, qui est déjà l'abstraction de plusieurs autres, et qui aurait besoin d'être expliquée. » Puis, plus loin, il ajoute : « A ceux qui demandent ce que c'est que l'universalité, l'on affirme qu'elle se confond avec la personne. C'est

Tandis qu'un auteur [8] affirme que le concept d'universalité de fait est « vague, sans portée juridique », le patrimoine, le type de l'universalité de droit, apparaît à Cazelles « une pure conception de l'esprit ne pouvant prétendre à aucune valeur », « c'est un procédé employé pour se rendre compte des biens qui composent une fortune, mais non une notion pouvant prétendre à une existence réelle [9]. Le patrimoine n'est pas une chose existant en soi, ce n'est qu'une qualité de ces droits (patrimoniaux). Il n'y a pas de patrimoine, il n'y a que des droits patrimoniaux. Dire que des droits sont dans un patrimoine, c'est dire qu'il ne faut pas les considérer *ut singuli*, isolément, que ces droits ont un état nouveau, état consistant en ceci qu'il faut considérer l'influence que tous les autres droits exercent sur un

---

une régression au mystère et pas une réponse; ou bien il faudrait se prononcer sur l'admission des dogmes dans l'interprétation juridique. La personne est titulaire du patrimoine. Est-elle donc titulaire d'elle-même, et c'est elle-même qui s'appartient ? Mais qu'est-ce que cela veut dire ? L'universalité est l'ensemble des biens d'une personne... Mais si les biens sont des choses appropriées, des choses considérées comme faisant partie d'un tout, ce sont des choses tout de même; et l'on aura beau abstraire l'idée que l'on se fait des choses, l'on n'aboutira jamais, par cette abstraction, à l'idée de la personne. Il faudrait d'ailleurs que l'idée de la personne fût une idée abstraite. Si un droit a deux termes, comme un bâton a deux bouts, le sujet et l'objet, l'ensemble des biens d'une personne, c'est-à-dire tous les objets de ses droits, ne se confondra jamais avec elle. Un bout n'est pas l'autre bout, à moins qu'on ne supprime le bâton. Cela serait aussi vrai en admettant qu'on dise que l'universalité est l'ensemble des droits d'une personne, c'est-à-dire un ensemble de relations... il faudrait aussi bien, pour que ces relations s'absorbent dans la personne, que leur second terme disparût. Et alors, que resterait-il de la relation ? » (*Op. cit.*, p. 89-90.)

(*a*) L'auteur faisait état de la doctrine psychologique des « facultés », qui est exprimée dans toute son ampleur par Ribot, dans son livre : *La psychologie anglaise contemporaine, Ecole expérimentale;* V. notam. Introd., p. 17 et s. (ouvrage cité par M. Jallu en note).

(8) Mouchet, *op. cit.*, p. 53.

(9) Cazelles, *op. cit.*, p. 393, 396.

droit entrant dans la sphère d'activité juridique d'un homme »[10]. « Le patrimoine est un ensemble de droits indépendants les uns des autres, mais influencés les uns par les autres. »[11].

M. Demogue[12] déclare : « Parler d'universalité, c'est employer une expression commode pour désigner une certaine collection d'objets ayant des traits communs. Mais il ne faut pas songer à tirer de là des décisions spéciales des règles juridiques. Il faut s'en rapporter à l'équité ou à la volonté des parties. »

Il écrira plus tard ce passage caractéristique, qui entend dénier à l'universalité de fait et à l'universalité de droit toute portée scientifique.

« La théorie que nous avons soutenue, écrit-il[13], nous fait rejeter sans hésitation la conception du patrimoine considéré de façon complète et absolue comme *universitas juris*, c'est-à-dire comme un groupe complexe de droits et d'obligations se transmettant tous à la fois et conjointement, parce qu'ils appartiennent à tel groupe et non en vertu de leur nature particulière individuelle, ensemble formant par lui-même, et abstraction faite de ses éléments particuliers, l'objet d'un droit *in rem*. Les biens d'une personne ne forment unité que par une pure conception de l'esprit. Si à propos de certaines difficultés, comme la détermination de la qualité d'héritier, il y a une action spéciale, la pétition d'hérédité, soumise à des règles particulières, il faut voir là la prise en considération d'intérêts

---

(10) Cazelles, *op. cit., loc. cit.*, Cpr. Roguin, *La règle de droit*, p. 383.

(11) Cazelles, *ibid.*, Conclusion, p. 403.

(12) *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle* (*Rev. crit.*, 1901, p. 366).

(13) *Notions fondamentales du droit privé*, p. 403-404.

pratiques, d'économie de temps, mais non une nécessité naturelle. Tout revient toujours à examiner la force relative des intérêts en présence et les moyens de les concilier. Il n'y a donc dans le patrimoine qu'une expression collective pour désigner les divers biens de la personne en tant qu'ils sont transformables en argent, et par suite susceptibles de donner garantie au créancier. Les termes d'*universitas juris* ou d'*universitas facti* n'ont d'ailleurs jamais été que des images commodes, auxquelles on a eu le tort d'attacher beaucoup trop d'importance, de prendre pour des réalités, et nombre d'auteurs l'ont déjà admis. »

La doctrine que nous analysons souligne qu'au cours du XIX^e^ siècle les romanistes allemands se sont attachés à démontrer l'inanité de cette distinction posée entre les universalités de droit et les universalités de fait sur la base de la Glose *Quando de peculio*, que nous avons rencontrée jadis dans le chapitre II de cette étude (14).

La Glose précitée ayant, d'après ces derniers, une portée toute spéciale, ils se sont aperçus (15) que les différences relevées entre les deux prétendues espèces d'universalité n'étaient pas caractéristiques.

1° Le pécule, d'une part, *universitas juris*, a pour fondement la volonté du *paterfamilias*, et, d'autre part, une *universitas facti*, la *familia servorum*, est créée par la loi; 2° on peut trouver des universalités de fait qui comprennent des biens incorporels tels que, par exemple, le legs ayant pour objet un *calendarium* (l'ensemble des créances d'une personne) ou *mensae negotium* (affaire de banque compor-

---

(14) V. Mühlenbruch, *op.* et *loc. cit.*, et Warnkönig, *op.* et *loc. cit.*
(15) Cons. Plastara et Cazelles, *op.* et *loc. cit.*

tant un actif et un passif; 3° certains effets de droit peuvent-ils servir enfin de critérium de distinction? Nullement, ces effets sont produits non seulement par l'universalité de fait, mais par l'universalité de droit. Des textes paraissent permettre la revendication universelle d'un troupeau, universalité de fait, à côté de la pétition d'hérédité qui a pour objet une universalité juridique; quelques textes même paraissent indiquer que la revendication générale n'existerait pas lorsqu'il s'agirait d'une universalité de droit. En ce qui concerne la subrogation réelle, il y a là, prétend-on, une conséquence s'attachant à toute sorte d'universalité.

Calquant leur théorie des universalités sur ces arguments historiques, les auteurs français, à l'exception de M. Gombeaux, qui, lui, s'est placé quant au fonds de commerce dans l'état actuel du droit, s'attachent à démontrer que les mêmes arguments valent pour la législation présente, et ils reprennent un à un, pour les éliminer, les termes de la distinction prétendue.

1° Les universalités de fait, dit-on souvent, sont créées par la loi, les universalités de droit par la volonté de l'homme. « Si l'on prend au hasard une universalité de droit, la dot, et une universalité de fait, le cheptel, on verra, avance Gazin (16), que l'une et l'autre doivent leur existence à la fois à la loi et à la volonté humaine. » « La dot, dit l'article 1540 du Code civil, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du ménage. » L'on peut dire que la loi institue ici une universalité qui sera traitée comme un seul bien, la dot. Il faut cependant ajouter que la volonté humaine intervient pour déclarer

(16) *Op. cit.*, p. 257.

les objets qui seront dotaux. Le cheptel est lui aussi déterminé quant à sa nature, à sa quantité, par la convention. La loi n'en traite pas moins en termes qui pourraient, comme pour la dot, impliquer création d'une universalité : « Le bail à cheptel est un contrat par lequel une des parties donne à l'autre un fonds de bétail, pour le garder... » (art. 1800); « si le cheptel périt en entier » (art. 1810).

2° L'universalité de droit permettrait seule la revendication générale; à elle seule, d'autre part, s'appliquerait de plein droit la maxime : *In judiciis universalibus pretium succedit loco rei et res loco pretii.*

La distinction des universalités du fait de l'admission ou non de la revendication générale ne tient pas, ainsi que l'indique encore Gazin : « On ne manque point de signaler, dit-il (17) que l'ensemble des biens de l'absent formant après l'envoi définitif en possession une universalité de droit au sein du patrimoine de l'envoyé, l'absent à son retour pourra les revendiquer par l'exercice d'une action générale. Il n'aura pas à exercer pour chacun d'eux individuellement envisagé une action différente, ou tout au moins à spécifier chacun des objets qu'il revendique. Ce qui serait à coup sûr impossible! Il serait, semble-t-il, tout aussi inadmissible d'obliger le plaideur revendiquant une bibliothèque qu'il prétend lui appartenir par suite d'un legs, à en connaître et à en spécifier tous les livres, sous prétexte qu'il ne s'agit que d'une universalité de fait! »

L'effet de subrogation réelle n'est pas non plus un critère pour distinguer les deux sortes d'universalité. Et les auteurs de montrer que la subrogation ne doit rien à la

---

(17) *Op. cit.*, p. 258.

notion d'universalité (18). Dans certaines universalités de droit, la subrogation ne se produit pas (p. ex. les biens objet d'un droit de retour légal.) L'intention des parties peut parfois faire admettre le phénomène que l'on désigne sous ce nom, dans les universalités de fait, et il s'opère alors de plein droit (legs d'une galerie de tableaux : le testateur a pu entendre que les tableaux achetés avec le prix de certaines de ces toiles, entre la rédaction du testament et l'exécution du legs, seraient compris dans l'ensemble légué sous un nom collectif.

L'idée d'universalité n'a même, dit-on, aucune valeur propre dans le domaine de la subrogation réelle. L'adage *In judiciis universalibus...* est faux. La subrogation ne s'opère nullement de plein droit dans les universalités.

En ce qui concerne le patrimoine, universalité de droit type, on pense toujours, en parlant d'universalité, à l'article 2092, qui affecte les biens nouveaux en gage général aux créanciers. En réalité, si les biens nouveaux sont soumis au droit des créanciers, ce n'est pas comme biens subrogés mais comme biens à venir. En effet, les biens acquis à titre gratuit, qui tombent eux aussi dans le gage des créanciers, ne remplacent cependant aucun bien. C'est donc par la volonté très générale de la loi, d'accord avec les intentions très raisonnables des particuliers, que les biens à venir peuvent tous être saisis par les créanciers et non parce qu'il y a subrogation.

---

(18) Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle* (*Rev.* crit., 1901, p. 245 et s.). — M. Henry (*op. cit.*, p. 333 et s.) ne va pas jusqu'à nier toute valeur à la notion d'universalité au point de vue de la subrogation réelle, mais il tient pour bien voisines les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit; il tient en effet pour une différence tout à fait secondaire entre ces notions le critère fondamental que nous croyons être la base de leur distinction essentielle (p. 335).

Dans le cas du fonds de commerce mis en gage (type de l'universalité de fait), il n'y a pas à faire intervenir la subrogation réelle, mais la seule intention des parties, qui ont entendu, par exemple, que si on vend 2.000 francs de marchandises, et si on en achète 3.000, les nouvelles marchandises seront substituées aux anciennes.

La subrogation réelle est liée étroitement à la notion d'affectation. Pour reprendre les termes du professeur Saleilles, dans sa note au Sirey, 1894. 2. 185 : « Là où il y a affectation à un but, auquel les revenus doivent servir, les biens qui la subissent ne sont plus considérés qu'au point de vue de leur valeur pécuniaire, et la conséquence logique, voulue par la loi du moment même qu'elle accepte l'affectation, c'est que l'ensemble, dans sa valeur pécuniaire plutôt que dans les individualités qui la constituent, soit conservé au but que l'on a en vue; et alors la seule garantie de cette conservation, c'est la subrogation. »

Donc, plus de distinction entre les universalités; les universalités de fait et les universalités de droit sont dominées par une idée qui leur est commune, l'idée de but.

Tout au plus, doit-on ou peut-on, en analysant les différents buts qui relient certains biens pour former des unités collectives, trouver une opposition entre les universalités d'après la nature du but qui les fonde, qui présente une certaine correspondance avec la distinction ancienne dénuée de toute portée juridique (19).

---

(19) « Il est, déclare Gazin (*op. cit.*, p. 260-261), une différence capitale entre la destination qui groupe les livres d'une bibliothèque particulière et celle qui rassemble tous les biens d'un même individu en un « patrimoine ». Normalement, et à moins de convention contraire, la séparation

Le moment est venu d'apprécier la valeur de cette conception dominante relative à l'universalité et à ses variantes; nous allons consacrer le paragraphe 2 à cette appréciation critique.

§ 2. — Appréciation critique de la doctrine dominante française sur les universalités de fait et de droit et leur distinction.

Elle tombe tout d'abord sous le coup d'une *critique d'ordre général;* elle constitue un exemple concret tout à fait significatif de ce que l'on a appelé la conception historique de la science du droit civil; nous avons marqué dans l'Introduction les caractères essentiels de cette conception, il serait superflu d'insister à nouveau ici sur cette théorie.

Pour nous, qui nous rattachons à la conception organi-

---

qui existe entre la masse des biens affectés à A et la masse des biens affectés à B s'impose aux tiers. Au contraire, la division entre les valeurs dont la destination naturelle fait une bibliothèque et celles que la volonté de l'homme réunit en une même exploitation agricole ne s'impose pas en principe à ces mêmes tiers. Si l'on recherche pourquoi cette opposition existe, l'on verra qu'elle correspond précisément à une différence dans la nature du but qui fonde ces diverses universalités. La satisfaction des besoins de tel ou tel individu est une fin en soi; c'est un but distinct que tout le monde doit reconnaître. Une collection de livres, une création agronomique, librement réalisées par un particulier sont moins des buts en eux-mêmes que des moyens pour cet individu soit de se livrer à des études qu'il aime, soit de s'enrichir. Le respect de ces buts secondaires ne sera point obligatoire pour les tiers. Ceux-ci doivent distinguer entre le patrimoine de Pierre et le patrimoine de Paul, parce que Pierre et Paul sont deux fins en soi, deux intérêts complètement différents. Ils n'auront pas, dans le patrimoine de Pierre, à séparer ce qui est biens agricoles et ce qui est biens consacrés à l'étude. L'agriculture et la science n'apparaissent alors qu'en fonction de Pierre et se confondent avec son intérêt propre. Un but distinct, un intérêt spécial, tel est le critérium qui permettra de départir en deux classes différentes les universalités. »

que, il est impossible de fonder une solution déterminée en droit actuel sur des idées qui ont été soutenues au moyen âge, sinon on risque d'aboutir à des confusions inextricables; ce qui ne veut pas dire qu'une solution actuelle ne puisse être conforme à une solution ancienne; mais cette correspondance sera due au fait qu'elle traduit une manifestation concrète de l'élément permanent du droit, des constantes du droit; ce que nous condamnons en thèse générale, c'est le recours principal à l'histoire, et le recours préalable aux solutions qu'elle offre, pour trouver la solution d'un problème de droit actuel, sans examiner si ce problème ne peut être résolu par la considération de la vie juridique organique; l'histoire ne peut encore une fois que servir de justification après coup; nous nous garderons d'oublier cette utilité subsidiaire mais assez importante lorsque nous ferons la synthèse des données de nos concepts.

Quoi qu'il en soit, pour l'instant, ce n'est pas la Glose *Quando de peculio* qui peut dicter notre solution sur le problème de la nature juridique et de la classification des universalités.

Nous ne contestons ni ne discutons directement — aussi bien cette discussion serait-elle au-dessus de notre compétence — le caractère exact des conclusions déduites par les historiens de la Glose susvisée; néanmoins, il n'est pas inutile de faire remarquer que les historiens ne s'accordent pas tous à tirer de ce texte la condamnation absolue et sans appel de la distinction des universalités de fait et de droit, puisqu'en effet, les professeurs Fadda et Bensa, commentateurs des Pandectes de Windscheid, construisent précisément sur cette disposition leur théorie des universalités, et que cette théorie trouve, du moins à leur avis, une

application tout à fait vivante dans la législation, la doctrine et la jurisprudence italiennes modernes (20).

Dès lors, il est au moins permis de penser qu'une telle doctrine négative ou, si l'on préfère, négatrice n'est pas si nette et si convaincante que l'on doive se résoudre à abandonner au seul examen de ses données confuses les notions d'universalité de fait et de droit, comme aussi leur opposition, comme ne correspondant à aucune réalité.

Cette critique générale étant faite, il est incontestable que la thèse contient, avec des confusions, une certaine part de vérité.

1° Les universalités de fait, tout d'abord, ne se distingueraient pas des universalités de droit par leur origine; il est inexact de prétendre que les premières sont créées nécessairement et uniquement pas la loi, les autres créées nécessairement et uniquement par la volonté de l'homme.

En fait, la critique est juste, mais l'explication réelle n'en est pas donnée, qui est la liberté d'organisation juridique reconnue aux particuliers. Ceux-ci peuvent faire porter les rapports de droit sur des universalités de fait, comme sur des objets isolés. A condition que la loi l'autorise, il leur est loisible aussi de constituer des universalités de droit. En tout cas, il en est une qui dérive de la loi elle-même, c'est le patrimoine.

2° La notion d'action universelle ne peut pas, dans l'état actuel du droit, servir de critérium. Du point de vue critériologique tout au moins elle est superflue, la classification des actions en actions personnelles, réelles et

---

(20) V. *supra*, p. 120 et s.

mixtes étant susceptible d'embrasser toutes les hypothèses et de les qualifier, et la distinction réelle de la pétition d'hérédité et de la revendication ne mettant pas essentiellement en question la classification bipartite des universalités (21).

3° Quant à la subrogation réelle, il en est de même. Mais nous devons préciser que la destination prétendue des universalités de fait et des universalités de droit ne s'anéantit pas, parce que la subrogation réelle jouera ou non dans les universalités.

Le concept de subrogation réelle a fait l'objet des plus vives controverses. Se basant sur les anciens axiomes juridiques bien connus : *In judiciis universalibus... In judiciis singularibus...* et *Subrogatum sapit naturam subrogati*, il était de tradition, au début du XIX^e^ siècle, d'affirmer que la subrogation jouait de plein droit dans les universalités; et encore qu'il y ait des opinions en sens différent, on pouvait dire que la subrogation réelle jouait et dans l'universalité de fait et dans l'universalité de droit, et n'était donc pas un critérium des deux notions.

A l'heure actuelle, aux termes d'un mouvement doctrinal qui date d'une trentaine d'années, cette notion de subrogation réelle générale a été battue en brèche d'abord par les historiens du droit, puis par les civilistes. Et on a dénié toute valeur à la notion d'universalité en matière de subrogation réelle; à la subrogation réelle générale, on a tendance à substituer la subrogation réelle spéciale (22). La doctrine unanime dans cette tendance diverge dans les

(21) V. sur ce point la note de M. L. Crémieu, sous Civ., 6 juill. 1925, D. 26. 1. 25; pour la pétition d'hérédité, Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, *op. cit.*, n^os^ 326 et s.; S. Garrigue, *A propos de la pétition d'hérédité. Essai sur quelques difficultés actuelles*, th. Montpellier, 1928.

(22) V. en ce sens, J. Bonnecase, *Suppl. au Baudry*, t. III, n^os^ 350 et s.

détails sur bien des points; il n'en reste pas moins qu'elle aboutit à condamner la distinction de l'universalité de fait et de l'universalité de droit, au regard de la subrogation réelle.

Le phénomène de la subrogation réelle générale, tel qu'il se trouve exprimé chez Aubry et Rau, à propos du patrimoine, en tant que ce phénomène contribuerait à expliquer le droit de gage portant sur le patrimoine du débiteur, d'après l'article 2092, est absolument inutile, a-t-on dit, parce que, dans le sens où on l'entend, il équivaut purement et simplement au terme de patrimoine.

La subrogation réelle est, en réalité, *spéciale;* elle a trait sans doute à un patrimoine; elle se réalise dans les universalités ou dans les biens isolés; mais dans le patrimoine, dans les universalités ou dans les biens isolés, c'est toujours les éléments concrets individualisés qui sont considérés; la subrogation générale n'est pas une notion juridique propre, elle n'est que la traduction inexacte ou superflue du caractère même revêtu par les éléments d'une universalité de fait ou d'une universalité de droit, à savoir la fongibilité, que nous allons retrouver en examinant les éléments constitutifs de ces deux notions, dont elle constitue un trait commun.

Serions-nous réduit à abandonner l'opposition entre les deux concepts et à conclure à son inexistence ou devrions-nous nous ranger à l'idée d'affectation plus ou moins large ou indépendante les différenciant dans une certaine mesure? Nous ne prendrons aucun de ces deux partis.

S'il fallait accepter le critère proposé par Gazin, il faudrait, semble-t-il, soutenir que l'universalité de fait et l'universalité de droit ne se distinguent nullement. Le critérium proposé est inopérant ou insuffisant, et quelque peu *a priori*.

L'universalité de droit est-elle un but en soi, alors que l'universalité de fait est un simple moyen? En face de cette discrimination fallacieuse, on serait induit à dire que l'universalité de droit, de même que l'unversalité de fait, n'est qu'un simple moyen, la seule différence entre ces universalités consistant dans le but à atteindre, qui serait plus étendu et général dans l'universalité de droit que dans l'universalité de fait (24).

Ce serait du même coup rabaisser les notions envisagées au rang de notions techniques, voire d'expressions verbales; ce que nous nous refusons encore une fois à admettre. En réalité, Gazin a fait ici une généralisation trop hâtive sous l'obsession d'une idée unique, comme Bretonneau (25) et Goubeaux (26), qui, se basant sur une conception très neuve et très originale de la *propriété d'affectation*, établissent respectivement la validité des clauses d'inaliénabilité et de la clause d'indivision forcée et perpétuelle, sans avoir au préalable justifié les prémisses, à savoir que : *toute* propriété est *d'affectation*, et sans avoir précisé cette affectation aux caractères assez vagues.

Gazin a posé un postulat, l'affectation; guidé par cette idée, il veut l'appliquer partout. Combien sera-t-il gêné lorsque, parvenant au fonds de commerce, il s'apercevra que le principe posé est contredit là par les dispositions du droit positif!

En définitive, même en admettant que les notions d'universalité de fait et de droit soient purement techniques, le critérium proposé est tout à fait insuffisant; il se heurte

---

(24) Cette critique du critérium de Gazin est faite par M. Henry, *op. cit.*, p. 335.

(25) Bretonneau, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité*, th. Paris, 1902.

(26) Etude sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle en droit civil français, th. Nancy, 1910, *passim*, spécialement p. 197 à 225.

à la réalité des faits et ne peut donc prétendre à donner une explication technique valable de ces concepts; témérairement unificateur, il trouve sa pierre d'achoppement dans l'opposition irréductible, dans la pluralité réelle des universalités; aussi bien certains auteurs, abandonnant ces tentatives vaines d'une sorte d'explication moniste en la matière, se sont-ils tournés vers un pluralisme plus conforme à la réalité sur la base de distinctions et de critères, que nous n'admettons d'ailleurs point au résultat d'un examen réfléchi dont nous allons donner au lecteur un aperçu, en lui faisant connaître les chefs de critique que l'on peut, à notre sens, leur adresser.

SECTION II

EXAMEN CRITIQUE DE CERTAINS CRITÈRES PROPOSÉS POUR TRADUIRE L'OPPOSITION DES UNIVERSALITÉS DE FAIT ET DE DROIT

Ces critères, que nous considérons comme insuffisants pour rendre un compte exact de l'opposition des universalités de fait et de droit, nous les avons déjà rencontrés, lorsque nous étudiions dans le chapitre II les théories émises sur le concept d'universalité de fait à l'occasion du problème dogmatique de la classification des universalités.

C'est ainsi que le Code civil argentin [27], dans des dispositions expresses, approuvées dans leur lettre et leur esprit par les auteurs de ce pays, nous a montré l'adoption qu'il a faite théoriquement et pratiquement d'une classifi-

---

(27) V. *Supra*, p. 118, note 40.

cation des universalités en universalités de *biens*, correspondant aux universalités de droit, et universalités de *choses*, correspondant aux universalités de fait.

Disons immédiatement qu'il nous paraît nécessaire de rejeter le critérium ci-dessus envisagé, en tant que tel, en raison même de son insuffisance intrinsèque.

Ce critérium consiste, en effet, à opposer les biens aux choses; or, la distinction des biens et des choses est susceptible d'engendrer des confusions fâcheuses.

On reconnaît sans doute que les choses deviennent des biens au sens juridique du mot, lorsqu'elles sont appropriées; de ce chef, la distinction est relativement facile à faire; mais la situation se complique par suite de l'extension que revêt aujourd'hui le mot « biens »; ce mot ne dut désigner primitivement que des choses, c'est-à-dire des objets corporels mobiliers ou immobiliers; avec les progrès de la vie juridique, son acception est devenue beaucoup plus large, au point de comprendre tout ce qui est un élément de fortune ou de richesse susceptible d'appropriation; spécialement pour les particuliers, les biens ainsi entendus ne seront pas autre chose que l'actif de leur patrimoine; les biens comprennent les choses les plus disparates, des maisons, des terres, des objets mobiliers, des créances, des rentes, des offices, des brevets d'invention, des marques de fabrique, etc... Le mot « biens » comprend donc, outre des choses matérielles, un certain nombre de biens incorporels, de droits, comme les créances, les brevets, les offices, les rentes [28].

Mais alors, qu'est-ce qui distinguera une universalité de

---

(28) Planiol et Ripert, *Tr. élém. dr. civ.*, t. I, p. 707-708.

fait d'une universalité de droit, telles que nous avons vu ces notions se traduire respectivement dans la législation, la doctrine ou la jurisprudence? Un fonds de commerce, par exemple, universalité de fait, aura-t-il de ce point de vue un caractère essentiel qui permette de le distinguer de la communauté entre époux, d'une universalité juridique?

Il suffit de poser la question pour comprendre qu'une réponse négative doit lui être donnée; le critérium proposé ne tient pas, il en est de même du critérium tout à fait analogue au précédent, qui oppose sur la base des choses ou biens d'une part, des droits de l'autre, les *universalités de choses* et les *universalités de droits*, comme c'est le cas des professeurs Fadda et Bensa (29).

La distinction des choses ou biens et des droits a pourtant une lointaine origine historique; il est traditionnel d'établir parmi les biens une grande division; les uns sont des choses, on les appelle des biens corporels; les autres sont des droits, on les appelle biens incorporels. Cette distinction n'est pas faite dans le Code; elle se réfère à la dogmatique générale; au reste, le Code civil s'y est implicitement conformé dans plusieurs de ses dispositions : par exemple, dans leur classification des meubles et des immeubles, ses rédacteurs énumèrent séparément ce qui est corporel (art. 518 à 525 pour les immeubles, 528 pour les meubles) et ce qui ne l'est pas (art. 526 et 529).

On sait que cette distinction remonte au droit romain; elle se trouvait exprimée par Gaïus dans ses Institutes (30).

---

(29) Fadda et Bensa, *op. et loc. cit.*, p. 440 et s.

(30) « (Res) corporales hae sunt quae tangi possunt, velut fundus, vestis, aurum..., incorporales, quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes... » (Inst., II, 13 et 14.)

Bien que pouvant invoquer la tradition, on a depuis bien longtemps fait remarquer que cette distinction n'avait pas de sens; elle consiste, en effet, dit-on avec raison, à mettre d'un côté les choses, de l'autre les droits, c'est-à-dire deux catégories qui n'ont aucun caractère commun, étant de nature profondément différente. Or une classification ne pouvant servir qu'à distinguer les parties d'un même tout, « *l'opposition faite entre les droits et les choses n'est pas une classification, c'est un rapprochement incohérent* » (31).

Aussi a-t-on songé, s'appuyant sur une pratique des pays de droit écrit (32) et les dispositions de certaines lois étrangères (33), à admettre à côté des meubles et des immeubles l'existence distincte des biens incorporels; mais la théorie générale de ces derniers biens restant encore à faire, il est pour le moins hasardeux de conserver un critérium exposé à se trouver un jour tout à fait insuffisant ou inexact.

Est-ce à dire que la distinction des choses et des droits, si éloignés les uns des autres, puisse être utilisée, malgré son absence de caractère scientifique, pour donner une classification correspondante des universalités en universalités de choses et en universalités de droits?

Observons immédiatement que, pour le moins, cette absence de caractère scientifique serait déjà pour nous une

---

(31)Planiol et Ripert, *Tr. élém. dr. civ.*, t. I, nº 2176. — Tous les manuels et traités de droit civil donnent l'explication de la formation historique de cette division; les Romains ont été amenés à cette idée étrange parce qu'ils ont confondu le droit de propriété avec la chose sur laquelle il porte, le droit de propriété s'identifiant pour ainsi dire avec les choses, se matérialisant en elles et apparaissant comme étant lui-même quelque chose de corporel; en définitive, la distinction romaine se ramenait à une antithèse entre le droit de propriété confondu avec les choses, d'une part, et tous les autres droits, d'autre part.

(32) Cons. Julien, *Eléments de jurisprudence*, 1785, p. 148-149.

(33) Codes civils allemand et suisse par exemple.

raison péremptoire de la rejeter. Au surplus, elle ne peut être, en pratique, admise comme valable; elle se heurte aux résultats issus de l'observation expérimentale, de même que son point de départ théorique, chez certains de ses adeptes, est tout à fait critiquable.

Nous avons vu comment les professeurs Fadda et Bensa tiraient de la glose *Quando de peculio* leur distinction des *universitates rerum*, universalités de choses, et des *universitates jurium*, ou ensembles de droits, de rapports juridiques de même nature (34).

Ils ont prévu qu'on pouvait leur objecter l'existence d'universalités, d'ensembles complexes de choses et de droits; ils envisagent à cet égard l'exemple du fonds de commerce; ils le rangent parmi les *universitates jurium*, mais c'est par un raisonnement tout à fait vicieux, ainsi qu'on peut s'en rendre compte ci-après; s'expliquant sur l'objection que nous venons d'énoncer, ils déclarent (35) : « *Posta l'antitesi come sopra abbiam fatto, la risposta non puo essere dubbia. Se il complesso di cose comprende anche diritti, non può essere che un complesso tutto di diritti, e quel che la legge cementa e unifica è la serie de' rapporti giuridici sulle cose, non già le cose stesse.* La cosa è così specialmente in ordine all'azienda commerciale. La quale non consta solo delle merci contenute ne' magazzini, ma dei debiti, dei crediti, della ditta, dell' avviamento e così via. Nota molto bene il Calamandrei. » (*Op. cit.*, n° 41, p. 39 et s.) « Che questa universalità di diritto può altresì contenere nel suo sene ed anzi quasi sempre contiene, una o più universalità di fatto (p. e. quella rappresentata dalle

---

(34) V. *supra*, p. 120 et s.
(35) *Op. cit.*, p. 441.

merci del' magazzino), le quali concorrono insieme coi crediti, coll' avviamento, colla ditta, coll' obligazioni, ecc. a costituire la universitas juris. »

Les savants auteurs semblent avoir voulu, au mépris de la réalité, faire cadrer leur théorie, leur classification, avec l'existence du fonds de commerce susceptible de la démolir en assimilant par un tour de passe-passe ingénieux, mais très critiquable, les ensembles de choses et de droits à des ensembles de droits; ils eussent tout aussi bien pu renverser la tendance de leurs efforts et considérer le fonds de commerce, ensemble de choses et de droits, comme un ensemble de choses. Une hérédité, comme un fonds de commerce, comme une exploitation agricole ou industrielle, contient ou est susceptible de contenir des choses et des droits; le critérium proposé est encore une fois insuffisant pour distinguer deux catégories d'universalités de biens qui s'opposent pourtant incontestablement.

Avant de faire état de cette dualité, qui est pour nous l'expression en la matière de la vérité scientifique, il nous faut procéder à l'examen critique d'une conception assez originale, qui a donné des diverses universalités une classification tripartite.

SECTION III

REJET DE LA CONCEPTION QUI DONNE DES UNIVERSALITÉS UNE CLASSIFICATION TRIPARTITE : UNIVERSALITÉ DE FAIT, UNIVERSALITÉ DE DROIT, ORGANISATIONS DE CHOSES ET DE DROITS

Cette conception dérive immédiatement de la précédente; ayant compris, contrairement à ce que voulaient soutenir Fadda et Bensa, qu'il était impossible de classer unique-

ment les universalités en universalités de choses et universalités de droits, certains auteurs, tout en gardant en principe ces deux catégories, ont essayé d'y ajouter ou d'y superposer une troisième variété d'universalités sous le nom *d'organisations de choses et de droits* ou encore *d'institutions* et *d'établissements* (36).

On se trouve, d'après ces auteurs, en présence de trois sortes d'ensembles de biens : 1° les *universalités de fait*, qui constituent une pluralité de choses corporelles et dont le type est le troupeau; 2° *les universalités de droit*, telles que le patrimoine et l'hérédité, qui sont composées de droits, de rapports juridiques; 3° *les organisations de choses et de droits* qui diffèrent des unes et des autres, parce qu'elles présentent, au lieu d'un rapport simple d'agrégation de plusieurs choses, un rapport plus complexe consistant dans l'organisation d'éléments hétérogènes, unis par leur destination économique ou sociale.

A côté des universalités de fait et de droit se forment ainsi des institutions ou établissements qui ont une individualité économique ou sociale propre; ce sont « toutes les organisations économiques, les établissements commerciaux » (37). C'est à cette catégorie que se rattache le fonds de commerce; c'était « le soumettre au supplice du lit de Procuste que de vouloir l'adapter au concept d'*universitas* » (38).

Après avoir examiné d'un point de vue critique l'opinion des auteurs qui rangent le fonds de commerce dans l'*uni-*

---

(36) C'est le cas de M. le Professeur Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, part. I, p. 811. — L'expression que nous consignons au texte est la traduction littérale du paragraphe de l'ouvrage intitulé : « *Organizzazione di cose e di diritti, Istituti ed imprese* ».

(37) Ferrara, *op.* et *loc. cit.*, p. 813.

(38) Ferrara, *ibid.*

versitas facti ou dans l'*universitas juris*, le professeur Ferrara conclut que le fonds de commerce n'est ni l'une ni l'autre, mais un type autonome qui rentre dans une catégorie propre, celle des institutions ou organisations (39); le fonds de commerce se compose d'éléments variés, de choses corporelles mobilières ou immobilières, de droits, de relations matérielles ayant une valeur économique; ces éléments sont associés dans leur fonction économique.

Ces institutions n'auraient-elles donc qu'un caractère *économique*, à l'exclusion de tout autre, et ne rentreraient-elles pas dans le domaine du droit? C'est ce qu'affirme le professeur Ferrara.

Ces organisations manquent, en effet, d'individualité juridique; elles s'analysent comme des combinaisons d'éléments variés, unis seulement par leur identité de destination; il manque une réglementation positive qui informe ou revête *ces figures économiques et sociales* (39).

Telles que le fonds de commerce, elles ne forment pas un objet juridique propre; le bail ou l'usufruit ou encore le gage d'un fonds de commerce ne portent pas sur le fonds, objet distinct, universalité prise comme telle, ce ne sont pas même, à vrai dire, des droits portant sur les divers éléments composants, ce sont des *rapports* qu'a forgés la vie *économique* et qui ont une existence bien fragile; de même que pour l'usufruit ou le bail, un gage du fonds, au sens technique du mot, est impossible; au lieu d'un gage au sens juridique, c'est un *gage au sens économique* qui peut seulement être établi sur le fonds de commerce, le créancier gagiste étant constitué administrateur du fonds (40).

---

(39) Ferrara, *ibid.*
(40) Ferrara, *op.* et *loc. cit.*, p. 813 à 817.

Il n'est pas besoin d'insister davantage pour comprendre combien est erronée cette conception; elle peut s'expliquer peut-être dans son étrangeté par l'état actuel où se trouve encore la législation italienne en ce qui concerne en particulier les actes juridiques dont le fonds de commerce est susceptible de faire l'objet : le droit italien ne connaît point d'institution comparable à notre nantissement des fonds de commerce (41).

Nous n'avons qu'à renvoyer le lecteur à toutes nos explications antérieures pour montrer qu'au regard des solutions législatives doctrinales ou jurisprudentielles françaises, cette conception est, au contraire, entièrement fausse.

D'autre part, ce qui est beaucoup plus grave, cette classification ne tend à rien moins qu'à dénier toute autonomie *juridique* aux notions d'universalités; elle se rattache à un mouvement qui dépassant les observations précédentes, est allé jusque-là, nous visons par là les théories récentes émises sur l'Institution (42).

Nous verrons plus loin ce que l'on doit en penser (43); bornons-nous à affirmer que, même en ne considérant les notions d'universalité de fait et de droit que comme des notions purement techniques, elles font néanmoins partie intégrante de la technique juridique générale, elles sont dotées à cet égard d'une autonomie et d'une individualité juridique certaines, malgré l'existence d'un riche donné économique, mais donné qu'elles traduisent juridiquement.

---

(41) Ferrara, *ibid.*, p. 816 *in fine.*

(42) G. Renard, *La théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique.* Paris, Sirey, 1930; Morin, *Vers la révision de la technique juridique : Le concept d'Institution, dans les Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, nos 1-2, Paris, Sirey, 1931.

(43) V. *infra*, p. 348 et s.

Les conceptions ou les critères que nous avons successivement examinés nous apparaissent de la sorte comme inexacts ou insuffisants; force nous est de donner une solution qui aboutisse en la matière à des résultats satisfaisants et conformes à la réalité; il s'agit de montrer que les concepts d'universalité de fait et de droit sont des notions techniques et scientifiques et s'opposent irréductiblement sur le fondement d'un critérium qui se dégage des applications précédemment analysées de l'un et de l'autre.

CHAPITRE VIII

Solution proposée sur les concepts d'universalité de fait et de droit pris en eux-mêmes et dans leur opposition (*suite*).

II

ELABORATION SYNTHETIQUE DES ELEMENTS CONSTITUTIFS DES DEUX CONCEPTS ENVISAGES ; RECHERCHE DE LEUR CRITERIUM DE DISTINCTION ; CARACTERES TECHNIQUE ET SCIENTIFIQUE INDISSOLUBLEMENT LIÉS DES NOTIONS D'UNIVERSALITE DE FAIT ET DE DROIT COMME AUSSI DE LEUR OPPOSITION REELLE

Ce chapitre sera divisé en trois sections consacrées respectivement à la recherche des éléments constitutifs des deux concepts envisagés, plus précisément de leurs traits communs et de leurs différences, de la formule de leur opposition et du rapport de cette dernière avec une autre opposition analogique, enfin de leur caractère technique et scientifique indissolublement lié.

SECTION PREMIERE

COMPARAISON SYNTHÉTIQUE DES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DES DEUX SORTES D'UNIVERSALITÉS; LEUR EXPRESSION COMMUNE SOUS LA FORME DE LA FONGIBILITÉ DE LEURS ÉLÉMENTS; LEUR OPPOSITION RÉELLE SUR LE FONDEMENT DU CRITÉRIUM DÉGAGÉ PAR L'ANALYSE DES APPLICATIONS DE L'UNE ET DE L'AUTRE

Dans cette analyse comparative des éléments constitutifs des deux sortes d'universalités, nous distinguerons deux paragraphes où seront successivement examinés : d'abord, les *traits communs;* ensuite, les *différences.*

Auparavant, il est à peine besoin de faire remarquer qu'une comparaison ne pourrait être fondée entre l'universalité de fait et l'universalité de droit, en se basant sur l'idée que, d'après la terminologie qui les désigne respectivement, *l'une existerait en fait, de fait, l'autre en droit, juridiquement,* ainsi que l'avance un auteur (1). Comme nous aurons l'occasion de le rappeler, les notions d'universalité de fait et de droit sont toutes deux au même titre des *notions juridiques*, et, au surplus, elles correspondent toutes deux *à la réalité des faits.*

C'est qu'aussi bien le droit et le fait se compénètrent et sont intimement unis; le droit traduit techniquement les réalités dans la multitude de leurs représentations. M. Ray (2) fait observer qu' « on est amené à constater que,

---

(1) Flach, *De la subrogation réelle*, 1870, p. 8.

(2) *Essai sur la structure logique du Code civil français*, p. 114-115. — L'opposition entre le fait et le droit se rencontre dans le domaine de la procédure avec le problème du pouvoir de contrôle des juges de cassation sur les décisions d'appel; un auteur récent, M. G. Marty, vient de montrer dans un ouvrage intitulé : *Le fait et le droit. Essai sur le pouvoir*

la limite de la règle prescrite et de la réalité représentée, la limite du droit et du fait est incertaine et flottante... Dans une société, le droit ne se formule qu'au contact et en fonction d'une multitude de représentations, tandis qu'inversement la vie, le fait sont tout imprégnés, pénétrés de droit... A vrai dire, dans la vie juridique, le pur fait et le pur droit sont introuvables; *le fait n'a d'existence que de l'instant où il devient matière à application du droit, le droit n'a d'intérêt que de l'instant où il vient s'appliquer au fait; et par suite, dès qu'un juriste pense le fait, il le pense comme matière de droit; dès qu'il pense le droit, il le pense comme forme destinée au fait* ».

Cette observation étant faite, pour caractériser essentiellement les traits communs entre l'universalité de fait et l'universalité de droit, il faut s'attacher non à un élément purement extérieur de terminologie, mais à l'analyse de leurs éléments fondamentaux respectifs.

§ 1. — Caractère fongible des éléments de l'universalité de fait et de l'universalité de droit.

Le caractère essentiel commun aux deux variantes d'universalité est le suivant :

Ce sont, l'une et l'autre, des ensembles de biens qui sont considérés *moins dans leur individualité matérielle, physique, que dans leur valeur pécuniaire*. C'est là le cachet d'une universalité : c'est un ensemble de biens envisagé

---

de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait, th. Toulouse, 1929, que cette opposition est beaucoup moins nette qu'on ne l'affirme d'ordinaire (d'après la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même que l'auteur analyse minutieusement).

du point de vue d'une qualité unique, englobant éventuellement des biens divers de par leur nature ou leur origine, qui constituent une unité abstraite, susceptible de transformation dans ses éléments; l'universalité est une sorte de cadre à compartiments susceptibles de recevoir des choses de différente nature : que l'on substitue dans un des compartiments de ce cadre une chose nouvelle à l'une des choses qui y étaient comprises, un bien nouveau à un de ceux qui y avaient trouvé place, le cadre n'en restera pas moins identiquement le même. Le seul changement qui se sera produit, c'est que des biens nouveaux se trouveront substitués à ceux qui y étaient primitivement enfermés.

Les auteurs ont exprimé ce résultat par la subrogation réelle générale; on s'aperçoit maintenant que le phénomène juridique ainsi expliqué trouve son origine non dans cette prétendue subrogation générale, qui est une superfétation, mais *dans le caractère fongible de tous les éléments d'une universalité de droit ou de fait.*

Dans les universalités de droit, les éléments se substituent les uns aux autres sans qu'au point de vue juridique rien ne soit changé pour la bonne raison que ces éléments ont été considérés du point de vue de leur caractère économique et non pas dans leur individualité respective.

Pourquoi faire intervenir la notion de subrogation réelle dans la notion du patrimoine? Les auteurs y recourent pour expliquer le droit de gage général des créanciers (art. 2092 C. civ.). Si le bien qui entre dans le patrimoine du débiteur devient le gage de ses créanciers, c'est parce que, disent-ils, il est subrogé au bien qui en est sorti. Mais le caractère artificiel de cette explication se découvre aisément. En effet, toutes choses qui entrent dans le patrimoine du débiteur deviennent le gage de ses créanciers, aussi bien celles

qui entrent à titre gratuit ou par l'effet de l'occupation que les valeurs de remplacement, ce qui prouve que la subrogation réelle n'a rien à faire ici, le droit de gage étant la conséquence de la conception même du patrimoine. Au surplus, la notion de fongibilité des éléments du patrimoine n'exclut-elle pas celle de subrogation réelle? A quoi bon dire qu'une chose est subrogée à tel bien plutôt qu'à tel autre, puisque tous sont fongibles entre eux (3).

C'est d'ailleurs la même chose pour les universalités de fait. Quand un troupeau, par exemple, est l'objet d'un rapport de droit, on ne considère pas les divers éléments de ce troupeau *in specie* (en particulier), mais bien le nombre de têtes et leur valeur; les têtes du troupeau peuvent bien changer, celui-ci sera censé demeurer toujours le même.

Quand un fonds de commerce est donné en gage, le gage porte sur les éléments nouveaux, à mesure qu'ils remplacent les anciens, dans la mesure où ce remplacement n'est pas délictueux de la part du débiteur et ne tombe pas sous le coup de la loi pénale.

Ce caractère abstrait qui fait de toute universalité, de fait ou de droit, un tout juridique est dû, répétons-le, *à la nature propre de la notion de fongibilité*. Cette notion juridique n'a pas été peut-être assez étudiée par la doctrine qui n'a qu'insuffisamment aperçu l'étendue considérable du domaine d'application de la fongibilité, alors que ses effets sont, en réalité, si importants qu'ils dominent une grande partie du droit. *C'est grâce à elle qu'un objet s'efface devant l'idée de sa valeur abstraite* (4). « Cet effacement de l'objet

---

(3) M. Bonnecase, à son cours de licence.

(4) M. de la Grasserie, *Etude sur la fongibilité juridique R. G. D.*, 1911, p. 133 et s., 241 et s., 335 et s., 534 et s.

devant l'idée de sa valeur abstraite a lieu », déclare M. de la Grasserie (5), « tantôt de plein droit, en raison de la consistance de l'objet, tantôt artificiellement, en raison de sa destination exclusive... Les choses fongibles sont donc celles dont l'individualité est effacée par la nature ou par la volonté et qui ne sont plus considérées que dans leur valeur abstraite. Il en résulte qu'elles pourront être remplacées soit par d'autres objets de même nature, dont l'individualité aura été elle-même effacée, soit par le numéraire du moins quand il s'agit de choses, et par d'autres personnes quand il s'agit de personnes... *La fongibilité est donc une abstraction, c'est la valeur abstraite* ».

C'est ainsi que s'explique le caractère pécuniaire, abstrait, du patrimoine, universalité de droit type. C'est un ensemble de droits interchangeables, dont la valeur globale et finale s'apprécie à la mort de la personne, dont la valeur présente s'apprécie quand un créancier, à un moment donné de l'existence du patrimoine, s'attaque à lui; le patrimoine fait ainsi abstraction de l'ensemble de ses éléments concrets. Et cela est vrai de toutes les universalités de droit que nous avons rencontrées; car, si l'on admet la création de créances chirographaires dont le gage est spécialisé, au sein de ce gage restreint, les ensembles de biens limités de la sorte ne s'en résolvent pas moins, une fois ramenés à leurs éléments de compte, en un réseau aux mailles plus ou moins enchevêtrées de créances et de dettes, de valeurs économiques, derrière lesquelles disparaissent les biens qu'elles représentent.

Pour l'universalité de fait, la célèbre affaire des cheptels a permis de dégager ce caractère de fongibilité des éléments

(5) *Op. cit.*, p. 134.

de l'universalité et de la valeur abstraite qu'elle représente. Nous consignons en note des indications sur les données du problème et les conséquences qu'en déduisent la doctrine et la jurisprudence (6).

M. le professeur Hubert (7) indique que l'on ne doit voir

---

(6) L'affaire des cheptels est née à l'occasion principalement d'une des variétés de bail à cheptel, dite cheptel de fer, en raison de la condition très dure faite aux fermiers et de l'attache permanente qu'il établit entre le sol et les animaux qui y sont considérés comme immeubles par destination, indispensables à la conservation de l'exploitation rurale. A l'expiration du bail, le fermier est tenu de restituer un cheptel équivalent à celui qu'il a reçu. Si l'on suppose que ce cheptel ait été l'objet d'une estimation, et étant donné que la loi attribue l'excédent de la valeur au fermier (art. 1826, al. 2), de grandes difficultés ont surgi au lendemain de la guerre de 1914, par suite de l'augmentation considérable du prix des bestiaux. On s'est demandé si le fermier avait droit à cette augmentation de valeur, de telle sorte qu'il pourrait être tenu pour quitte en ne restituant au bailleur qu'un cheptel d'égale valeur pécuniaire, mais de bien moindre importance numérique, ou encore que, tenu de restituer un même nombre d'animaux, il serait en droit d'exiger du bailleur le paiement de la plus-value, généralement énorme, acquise par suite de la crise économique consécutive à la guerre. Les cours d'appel ont donné sur ce difficile problème des solutions divergentes. La Cour de cassation a fini par trancher la question en faveur du fermier. (Cons. sur la question Lesmaris, *De la reprise du cheptel en fin de bail*, 1921; Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, th. Nancy, 1922; Bruzin, même sujet, th. Bordeaux, 1922. Notes de MM. Rousseau au S., 1920. 2. 97, et Lalou au D., 1920. 2. 105; de M. Fr. Hubert sous Trib. civ. Montmorillon, 6 juill. 1921, S. 21. 2. 113. Arrêts Ch. civ., 6 juin 1921, S., 21. 1. 193, avec note de M. Hugueney, D., 21. 2. 73; rapport de M. A. Colin et note signée X...; *adde* Req. 17 mars 1926, S. 26. 1. 177, et note de M. Fr. Hubert, très importante.) — En présence de cette solution jurisprudentielle, la doctrine s'est demandée quel était l'esprit de la loi. Cet esprit résultait à ses yeux de la définition et de la nature du cheptel et du bail à cheptel, le cheptel étant, conformément à l'étymologie, un capital, que le propriétaire attache à la terre, immobilise, sans y accorder la moindre part au preneur; qu'il doit, par suite, retrouver intégralement, et, d'autre part, les règles du bail à cheptel exigeant que le preneur rende la chose louée dans l'état où il l'a reçue (dans les cas où il y a louage), et, sous réserve de l'entrée en société de la jouissance de la souche, le troupeau lui-même n'y entrant pas (dans les cas où il y a société), et l'associé apporteur ayant le droit de prélever intégralement son apport en nature, par distraction dans la masse, avant d'en effectuer le partage.

(7) S., 1921. 2. 121, col. 3.

dans ces conséquences que l'application des règles habituelles et il ajoute (observation que nous soulignons) :

« Mais cette application soulevait ici des difficultés particulières tenant à ce que le cheptel n'est pas un unique corps certain, mais *une universalité d'objets fongibles*, susceptibles de dépérir, et, d'ailleurs, individuellement destinés à être consommés ou vendus (V. Troplong, t. II, n^os^ 1054, 1217 et 1239). Il fallait combiner ces deux idées, permettre l'aliénation et le remplacement des divers éléments *ut singuli*, tout en assurant *ut universum* la permanence et la conservation de l'ensemble. »

La loi a opéré cette combinaison en enchaînant en quelque sorte au sol le cheptel par des liens indestructibles, pour qu'il y demeure après le départ du fermier. Estimé ou non, le cheptel reste toujours la propriété du baillleur, l'estimation n'en vaut pas vente (art. 1805 et 1822. — Rapp. l'art. 1851, al. 1, C. civ.), l'estimation n'ayant, d'après les termes mêmes de l'article 1805, pas d'autre objet que de fixer la perte et le profit, l'excédent ou le déficit, qui pourra se trouver à la fin du bail.

Quoi qu'il en soit, nous avons voulu montrer l'intérêt qui s'attache à déterminer le caractère de fongibilité des éléments d'une universalité de fait (8). Ce caractère est inté-

---

(8) M. Hubert signalait dans une autre note, au point de vue législatif, le dépôt par le Gouvernement, à la date du 12 février 1926, d'un projet de loi concernant le bail à cheptel (*J. off.*, avril 1926, Doc. parl. Sénat, p. 59). Il observe que ce projet a pour but, non pas de bouleverser les règles traditionnelles de ce bail en consacrant définitivement la jurisprudence actuelle, mais, au contraire, de modifier la rédaction des articles du Code pour leur donner incontestablement le sens que, pour lui, il a toujours eu : « A cet effet, insiste encore le savant professeur, le nouvel article 1800 préciserait mieux l'objet du contrat en spécifiant qu'il porte, *non sur des animaux envisagés « ut singuli »*, *mais sur un fonds de bétail* qui est pris en charge et doit être rendu *ut universum* ». Le projet, dans des termes particuliè-

ressant à considérer en dehors du domaine du pur droit civil, au point de vue du droit pénal et de la théorie de l'abus de confiance portant sur des choses fongibles. Dans le bail à cheptel, le preneur, n'étant que le gardien du troupeau, n'en peut jamais disposer *ut universum* sous peine de commettre un abus de confiance (9).

Les concepts d'universalité de fait et de droit présentent donc un caractère commun, celui d'être composés d'éléments fongibles, qui font de l'ensemble de biens une valeur totale abstraite et unique. Ce trait commun provient de ce que ces concepts sont des dérivés concrets de la notion mère d'universalité, mais non de ce qu'ils sont identiques en tous points. Nous avons montré l'insuffisance et l'inexactitude en la matière de la conception dominante; *nous prenons comme critère de distinction l'existence dans l'universalité de droit d'un actif et d'un passif, l'absence de tout passif et l'existence de seuls éléments actifs dans l'universalité de fait.* Ce critérium étant basé sur l'examen des faits, nous ne risquons pas de tomber dans le travers de ceux

---

rement justes, ne fait d'ailleurs que consacrer ce qui est déjà le système du Code civil, mais en évitant les défectuosités de rédaction de ce dernier en la matière. La conclusion de tous ces développements, c'est que ce système est en définitive le seul que la jurisprudence aurait dû consacrer, comme étant seul conforme à l'intention des parties (V. S., 1926. 1. 178, col. 2).

(9) Cass. crim., 23 juill. 1846, S., 46. 1. 758; Bourges, 17 déc. 1868, S., 69. 2. 150; *adde* note, 2e col., de M. Roux, sous Cass. crim., 15 avril 1899, S. et P., 1901. 1. 105; Toulouse, 11 janv. 1911, S. et P. 11. 2. 120, et les renvois; *C. pén. ann.*, par Garçon, sur l'art. 408, nos 317 et s. — V. aussi les questions qui se posent dans le même ordre d'idées à propos du détournement d'objets compris dans un nantissement de fonds de commerce : Charlotte Béguignon, *La répression pénale du détournement d'objets compris dans un nantissement de fonds de commerce* (*Rev. crit.*, 1927, p. 325 à 340).

dont parle Pascal, qui « font des antithèses en forçant les mots..., comme ceux qui font de fausses fenêtres pour la symétrie et dont la règle n'est pas de parler juste, mais de faire des figures justes ».

§ 2. — L'opposition réelle des concepts d'universalité de fait et de droit sur le fondement du critérium dégagé par l'examen des applications de l'un et de l'autre.

Analysons brièvement cette opposition pour en montrer la valeur théorique et l'effet pratique.

La notion d'universalité de fait apparaît comme un ensemble complexe de biens individualisés de nature différente (fonds de commerce, exploitation culturale, train de culture) ou identique (troupeau, bibliothèque, galerie de tableaux).

Ces divers éléments identiques ou différents peuvent faire l'objet d'opérations juridiques portant sur leur ensemble; quelle que soit la conception plus ou moins opposée qu'on ait pu se faire sur ce point dans l'histoire ou que l'on puisse retrouver aujourd'hui dans le droit comparé, il est incontestablement exact d'affirmer que, dans les manifestations de la technique juridique française, l'universalité de fait présente cette large individualité juridique.

De même que le troupeau, le fonds de commerce montre ce caractère à propos de l'usufruit dont il peut être l'objet; si l'on rejette l'expression technique d' « universalité juridique » appliquée au fonds de commerce, parce qu'elle prête à confusion, et est tantôt, en effet, employée dans le sens spécifique de tout juridique distinct de ses éléments, tantôt comme synonyme d'universalité de droit; si l'on doit

rejeter cette terminologie quelque peu défectueuse, il convient de reconnaître que l'expression contient une grande part de vérité : elle exprime, sous une forme un peu exagérée, la séparation accentuée qui existe entre le fonds de commerce envisagé en bloc et ses éléments composants; contrairement à ce que prétendait une variante des conceptions théoriques de l'universalité de fait, le fonds de commerce n'est pas un simple assemblage de valeurs, bien que ces valeurs conservent une certaine individualité; les éléments formant le contenu de l'universalité de fait n'ont pas, en effet, une homogénéité absolue.

Il est trop absolu de dire, par exemple, que le fonds de commerce est un ensemble indivisible, lequel a la nature *incorporelle*; c'est là faire un raisonnement vicieux, à l'instar du rapporteur au Sénat de la loi du 1er mars 1898, M. Thézard, qui soutenait dans son rapport les affirmations suivantes : « C'est par le caractère de l'ensemble, considéré comme objet principal, qu'il faut déterminer la règle à suivre; les objets particuliers qui y sont compris ne sont que des accessoires ou des instruments qui suivent le même sort. » Il est aisé de déceler le vice du raisonnement, de montrer que la conclusion dépasse les prémisses de l'honorable rapporteur, à savoir que le fonds de commerce est une universalité d'éléments divers, les uns corporels, les autres incorporels, dont la partie essentielle est l'enseigne, l'achalandage, le droit au bail. M. Bayart (10) pose la question suivante qui démolit toute l'argumentation de M. Thézard : « Si l'on supprimait les objets particuliers, ces accessoires qui composent l'ensemble, qui y sont compris, comme dit

---

(10) *Op. cit.*, p. 148.

M. Thézard, que resterait-il de cet ensemble, qu'il appelle l'objet principal? »

C'est pour les mêmes raisons que dans un ordre d'idées presque identique la théorie tout utilitaire, fondée sur certains besoins pratiques, du fonds de commerce *bien incorporel* est un peu forcée dans l'état actuel de la science du droit; elle correspond à une fiction juridique.

Scientifiquement on ne peut pas dire que le fonds de commerce ne soit composé que d'éléments incorporels, qu'il soit un meuble incorporel; dans la réalité, il est toujours susceptible de comprendre éventuellement des éléments corporels et des éléments incorporels. On dit que c'est un meuble incorporel par une fiction elliptique; cela n'empêche point que les choses se passent autrement, que le fonds de commerce reste *un ensemble varié*. Tout ce que l'on peut dire à l'heure actuelle, c'est que le fonds de commerce, susceptible en tant que tel d'appropriation, répond à la notion *d'un bien, d'une valeur individualisée, qui se compose de biens, d'éléments variés*.

Mais comment reconnaître si un ensemble synthétique d'éléments variés est une universalité de fait?

L'universalité dans son sens le plus général est considérée comme un ensemble de choses reliées entre elles et formant un tout; mais tout ensemble de choses n'est pas néanmoins pour autant une universalité, plus précisément une universalité de fait aux yeux du droit.

« Dans son sens le plus large, écrit M. Flach (11), *l'universitas* serait tout ensemble de choses réunies par un lien commun, mais qui pourraient avoir *chacune une existence indépendante ou pourraient du moins être séparées*

---

(11) *De la subrogation réelle*, Extr. de la *Rev, hebd. dr. franc. et étr.*, 1870, p. 6 et s.

par la pensée. De pareilles universalités se rencontrent aussi bien dans l'ordre physique que dans le domaine du droit. Il y a plus, toute chose corporelle peut, à ce point de vue, être regardée comme une *universitas*, comme un composé d'éléments distincts. Une plante, un animal, œuvres de la seule nature; une maison, un navire, œuvres de l'industrie humaine; autant d'universalités! Autant de touts dont les parties se discernent aisément, qu'elles puissent avoir ou non une existence propre et séparée. Il peut se faire, d'autre part, mais toujours dans le même ordre d'idées, que le lien constitutif de l'universalité soit purement intellectuel. »

Flach donne comme exemple de cette hypothèse les maisons d'un village, d'un bourg, d'une ville. *Par opposition à ces divers « assemblages » dont il vient de parler, il observe que le droit réserve l'expression d'universalité pour les universalités proprement dites.*

L'auteur cite comme exemples d'universalités de fait : un troupeau, une bibliothèque; à ce propos, il déclare : « L'œil le moins exercé distinguera là un ensemble, une universalité. *Et qu'on n'aille pas dire que ce sont de simples collections, de simples assemblages sans conséquences au point de vue juridique;* il sera établi bientôt que rien n'est plus faux. »

Quels sont donc de façon synthétique les traits distinctifs de l'universalité de fait [12].

L'universalité de fait suppose :

1° *Une multiplicité, une pluralité de choses autonomes et distinctes entre elles.*

---

(12) Nous nous appuyons largement d'un point de vue externe ou de répartition matérielle, sinon pour la doctrine organique divergente de notre conception sur l'exposé de M. Ferrara, *op. cit.*, p. 798-799

C'est par ce caractère qu'elle se distingue de la chose composée, de la chose qui résulte de la liaison intime d'éléments englobés ou contribuant à former, techniquement parlant, une chose, au sens matériel du mot.

Cette précision se vérifie relativement à la théorie de l'accession et à la notion de navire.

La théorie de l'accession se trouve ainsi caractérisée sous un arrêt (Cass. civ. 20 avril 1928, S., 28. 1. 299) (notes 6, 7, 8 dans le compte rendu de l'arrêt) :

« L'accession d'une chose mobilière à une autre chose mobilière peut se réaliser sous trois formes principales : 1° l'adjonction qui est la réunion de deux choses appartenant à différents maîtres en un seul tout; 2° la spécification qui est la conversion d'une chose en une espèce nouvelle avec la matière d'autrui; 3° le mélange ou confusion de diverses matières sèches ou liquides appartenant à plusieurs maîtres... Toutes ces hypothèses supposent que *les choses appartenant aux différents propriétaires ont été réunies de manière à former un tout*, c'est-à-dire *un objet unique, dont on ne peut dissocier les éléments qu'avec peine et au détriment de l'ensemble. Rien de semblable dans le cas des divers instruments et autres objets composant le train de culture qui, s'ils forment un ensemble, n'en gardent pas moins leur individualité propre et peuvent être séparés sans dommage les uns des autres.* Si donc de tels éléments appartiennent à des propriétaires différents, chacun doit reprendre ce qui lui appartient en propre, et il n'y a pas lieu dans ce cas de suivre les règles de l'accession. »

Nous constatons indirectement que les éléments d'une universalité de fait [13] sont séparables les uns des autres,

---

(13) Nous avons vu *supra*, p. 102, que M. Nast range expressément le *train de culture* parmi les universalités de fait.

bien que pouvant faire partie d'un tout unique : il n'est pas besoin d'insister après les développements que nous avons consacrés au fonds de commerce.

Le *navire* de même n'est pas une universalité de fait, car il est avant tout un bien matériel; les agrès et apparaux ne sont pas plus indépendants du navire que ne le sont des bâtiments les balcons, les gouttières et les paratonnerres; ils sont pour partie la substance même du navire (14). Le navire est un bien matériel composé de biens étroitement unis par une *cohésion matérielle*. Il y a beaucoup moins de cohésion entre les divers éléments constitutifs d'un fonds de commerce qu'il n'y en a entre les parties constitutives d'un navire. A l'opposé des agrès et apparaux du navire, l'outillage et les marchandises du fonds de commerce sont moins une condition d'existence du fonds de commerce qu'un moyen d'exploitation. La notion juridique de navire n'est pas autre chose que la prise en considération par le droit du navire dans le sens technique et matériel du terme, c'est-à-dire en tant qu'instrument de domination de la mer (15).

2° Les choses autonomes séparées ou séparables qui composent l'universalité de fait ont une *individualité* propre; ayant une valeur économique, elles peuvent être considérées, en tant que telles, isolément et indépendamment de l'agrégat, qu'elles contribuent à former.

En se plaçant au point de vue dogmatique pour rappeler les conceptions étrangères ou romanistes, ne forment pas des universalités de fait les choses simples, bien que résultant de l'ensemble d'éléments infinitésimaux : une pile

---

(14-15) J. Bonnecase, *Tr. dr. com. mar.*, p. 226 et 227.

de grains, un tas de charbon, un essaim d'abeilles; le grain isolé, la molécule de charbon, l'abeille seule n'ont pas, à vrai dire, de valeur propre; ils ne sont pas une chose, mais un élément composant du tout (16).

De même encore, il y a dans le commerce des choses qui se vendent *à la paire* (17); une paire de souliers, de boucles d'oreilles ou de boutons de manchettes ne sont pas pour autant des universalités de fait; l'élément composant d'une paire lui est indissolublement lié, c'est dans cette union seule que les deux choses forment une unité; *dans les universalités de fait, les choses réunies ont déjà par elles-mêmes une fonction ou une valeur*, encore que, considérées dans leur ensemble, elles aient leur fonction accrue, leur valeur augmentée.

3° *Une communauté de destination d'ordre plus particulièrement économique* fait apparaître les choses réunies comme un seul tout constitutif d'une universalité de fait.

M. Ferrara a une expression imagée pour traduire ce caractère de notre notion, qu'il appelle « *una colleganza teleologica* » (18).

L'idée de but contribue ainsi à caractériser l'universalité de fait; mais il faut encore avoir soin de distinguer cette universalité, ce tout collectif des simples *désignations génériques* d'une catégorie de biens : ainsi, le linge d'une maison, le mobilier garnissant une chambre, les outils d'un artisan ne sont pas des universalités de fait; ce sont des collections, et non des touts unitaires, formant un nouveau bien susceptible encore une fois, en tant que tel, d'appropriation.

(16-17) Ferrera, *op. cit.*, p. 799.
(18) Ferrara, *ibid.*, p. 799.

Quoi qu'il en soit, avec l'universalité de fait, nous sommes toujours en présence d'éléments purement actifs. L'analyse poursuivie au cours de plusieurs chapitres de cette thèse nous a montré au contraire, dans des applications multiples concrètes, *l'universalité de droit reliant en son sein indissolublement des éléments passifs et des éléments actifs* : qu'il s'agisse du patrimoine, de la communauté entre époux, de l'indivision héréditaire, de la succession bénéficiaire, le juriste aperçoit des îlots de biens, des ensembles de biens, comme l'universalité de fait, mais qui en diffèrent par la présence de dettes qui leur sont rattachées.

C'est ainsi, par exemple, pour s'en tenir à la notion de patrimoine, qu'entre l'ensemble de biens et l'ensemble de dettes, il existe un lien juridique les unissant étroitement l'un à l'autre.

En principe, l'ensemble des dettes constitue une charge qui grève l'ensemble des biens; comme disaient déjà les jurisconsultes romains, « aes alienum est onus universi patrimonii, non singularum rerum »; ils n'excluaient pas les dettes de la notion du patrimoine : « Sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum... in hoc loco proprie bona appellabuntur. »

Il est à signaler une opinion singulière de certains auteurs, en particulier Vacher-Lapouge, qui estiment, contrairement à la quasi-unanimité de la doctrine, que, dans le patrimoine, seul l'actif serait l'élément spécifique, le passif ne pourrait être considéré comme élément du patrimoine (19) :

---

(19) *Notion du patrimoine*, Th. Poitiers, 1879, p. 33-34.

« Les biens ont une existence intrinsèque, dit-il, ils existent en dehors de la personne, incorporés pour la plupart à des objets matériels; les dettes, au contraire, sont la personne même, pures qualités passives de l'être juridique. Comme nature, et indépendamment de la valeur active des uns, passive des autres, il y a antinomie absolue. Les uns se comprennent distincts de la personne, les autres sont de la personne même; cette différence éclate si l'on étudie leur transmission. Les biens se transmettent indépendamment de la personne; les dettes, n'ayant point d'existence propre, ne se transmettent en principe qu'avec elle et disparaissent avec elle. »

Cette thèse originale est inadmissible. Sans doute, il existe entre l'actif et le passif une différence de nature, mais cela n'empêche pas que l'actif et le passif d'une même personne ne forment par leur étroite liaison une somme totale, un tout juridique pouvant s'exprimer par une valeur unique. D'autre part, le Code civil, conformément au principe de continuation de la personne, issu des réalités psychologiques les plus certaines, admet la transmission des dettes concurremment avec celle des biens.

M. Vacher-Lapouge essaie de répondre à cette objection en précisant que « ce qui se transmet, ce n'est pas le passif et l'actif liés ensemble, non, ils restent toujours étrangers l'un à l'autre, c'est la personne, et la personne emporte en soi le passif, traîne après soi l'actif ou le patrimoine. Une réflexion bien simple suffit pour démontrer la complète hétérogénéité du passif et du patrimoine : elle résulte de la règle même *bona non sunt*. Par des raisons d'équité, on charge celui qui reçoit le patrimoine de payer les dettes de la personne, mais dans quelle mesure? Jusqu'à concurrence seulement de l'actif! Ainsi, la différence des desti-

nées s'accuse encore d'une manière saisissante : les dettes payées, s'il reste des biens, le successeur en profite; l'actif payé, s'il reste des dettes, le successeur n'en est pas tenu » (20).

L'objection n'est nullement irrésistible; l'auteur vise le cas d'acceptation bénéficiaire; or, on a fait souvent remarquer que, dans l'hypothèse d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire, les dettes du défunt sont payées par l'héritier bénéficiaire de la manière dont elles pouvaient l'être par le *de cujus* lui-même au moment de son décès : *actif et passif sont donc bien réellement « liés ensemble » et transmis l'un et l'autre avec leur valeur effective.*

« Les éléments actifs d'une universalité de droit sont en quelque sorte, comme le dit très bien M. Bonnecase (21), reliés entre eux par la nécessité de répondre d'un passif inhérent à leur groupement originaire, à leur affectation et aux incidents de la vie juridique dont ils ont fourni la matière. » Nous avons décrit, au cours de l'analyse de l'universalité de droit, la masse héréditaire dont nous avons vu le caractère patrimonial s'accuser au point de vue de la liquidation chaque jour davantage, à telle enseigne que les diverses opérations d'un partage « présentent un lien commun aussi fort que les éléments d'un *compte courant* (22) et sont unis par une sorte *d'indivisibilité* (23) tenant à l'idée qui les domine de la liquidation à réaliser. » (24).

Le caractère nettement accentué du lien qui unit au sein

---

(20) *Ibid.*, p. 36. Cfr. Van Biervliet, *op. cit.*, p. 15, note 2 *in fine.*

(21) *Suppl. au Baudry*, t. IV, p. 521.

(22-23) C'est nous qui soulignons.

(24) Lebret, *Du sort des droits consentis sur des biens indivis, Rev. crit.*, 1928, p. 436.

de l'universalité de droit les éléments actifs et passifs a fait naître ainsi la comparaison de cette notion *avec un compte courant*. Du passage ci-dessus cité on peut, par déduction logique, conclure que la masse héréditaire, application dérivée mais importante de l'universalité de droit, peut, dans le cours et au terme de sa liquidation, être comparée à un compte courant; et le rapprochement est fait pour le patrimoine, forme type de l'universalité de droit.

Nous tenons à faire remarquer que cette comparaison est plus une image métaphorique que la traduction d'une analogie scientifique qui permettrait de placer le compte courant tout à côté du concept d'universalité de droit ou du patrimoine.

La valeur économique du patrimoine s'obtient par la soustraction du passif de l'actif; au résultat de cette soustraction, il reste un solde représentatif de la valeur du patrimoine en l'espèce; par ailleurs, le compte courant[25] existe lorsque, entre deux commerçants en relation habituelle d'affaires, il a été convenu que les valeurs fournies par l'un à l'autre seront inscrites au crédit du remettant et au débit du récepteur, que ces inscriptions formeront les éléments d'un compte unique qui, dans son ensemble, sera réglé à l'arrivée d'un certain terme, et qu'alors seulement, la balance étant faite entre les crédits et les débits de chacun, il en ressortira un solde qui sera seul exigible.

Dans les deux cas, existence d'un solde; l'existence de ce solde dans les deux hypothèses a pu contribuer à suggérer le rapprochement.

---

(25) Lacour et Bouteron, *Préc. dr. com.*, Paris, Dalloz, 2e éd., 1928, nos 514 et s.

En réalité, on se trouve en présence de situations différentes : avec l'universalité de droit, c'est, si l'on peut dire, le domaine du notionnel, de la notion; avec le compte courant, celui du conventionnel, du contrat; dans la première, c'est par essence, d'après la nature même de la notion, que des éléments actifs et passifs y sont contenus et sont éventuellement comparés pour aboutir à déterminer sa composition nette; le contenu de l'universalité de droit, du patrimoine en général, est fait de biens infiniment variés, de meubles, d'immeubles, d'universalités de fait, telles que le fonds de commerce ou le troupeau, de créances et de dettes; dans l'ensemble, il correspond à une somme globale, à une valeur pécuniaire, cette valeur pouvant même parfois être nulle, ou le passif supérieur à l'actif, sans qu'il cesse d'y avoir un patrimoine, du moins dans la conception classique.

Avec le compte courant, nous nous trouvons en présence d'un tableau, sur lequel les créances sont transformées en articles de compte; alors que l'union intime, indivisible, des éléments actifs et passifs de l'universalité de droit résulte essentiellement du caractère distinctif d'une notion juridique correspondant aux réalités les plus certaines, on prétend traditionnellement que ces éléments se trouvent réunis, envisagés indivisiblement dans le compte courant par l'effet du contrat intervenu, jusqu'à l'arrivée du terme fixé dans ce même contrat; il serait peut-être plus exact de dire pour se conformer aux résultats issus d'analyses récentes du compte courant [26] que cette union résulte de nécessités comptables, des formes techniques de la compta-

---

(26) P. Esmein, *Essai sur la théorie juridique du compte courant* (*Rev. trim.*, 1920, p. 79 et s.); Zamfiresco, *Contribution à l'étude du contrat de*

bilité; cette précision ne ferait point disparaître les différences entre le compte courant et l'universalité de droit; c'est qu'ils ressortissent respectivement à la comptabilité et au droit : ces deux disciplines présentent des points de contact, leurs concepts généraux peuvent parfois présenter des traits analogues, mais elles diffèrent, comme c'est le cas ici, par les buts vers lesquels elles tendent, à l'instar de l'opposition que l'on relève par exemple entre la morale et le droit; leurs domaines, comme des cercles, peuvent se recouper, ils ne coïncident point pour cela; on a méconnu cette distinction en maintes hypothèses; précisément, pour le compte courant, la confusion a été faite à tort, selon les récents théoriciens de cette matière, entre les deux disciplines. M. Cholat (27) écrit :

« Dans un compte déjà fait, le tableau de calcul montre deux masses de doit et avoir, qui se résolvent en un solde par la balance finale. Ce tableau présente l'aspect d'un tout indivisible. On a simplement transposé cette idée d'indivisibilité du terrain de la comptabilité dans le domaine du droit... en voyant dans les entités de compte une image du rapport juridique, on a conclu que les droits étaient en suspens comme les chiffres du tableau. »

Nous ne voulons point — cela sortirait de notre sujet — discuter le bien-fondé des théories nouvelles émises récemment sur le compte courant; ce qui est certain, en principe, en thèse générale, c'est que la comptabilité et le

---

compte courant en droit comparé, th. Paris, 1923; et surtout J. Cholat, *Le compte courant. Etude critique de la théorie jurisprudentielle de l'indivisibilité et de la novation*. Les deux derniers auteurs substituent au principe théorique de l'indivisibilité une conception nouvelle dite de *la compensation successive des créances*.

(27) *Op. cit.*, p. 321.

droit se situent sur deux plans différents, tendent vers des fins générales ou particulières tout à fait différentes; encore une fois, nous pensons que le compte courant et l'universalité de droit ne peuvent scientifiquement être comparés.

Nous en dirons de même, en définitive, de la notion de *bilan*, concept capital de la science comptable que l'on a rapproché du patrimoine, notion juridique (28).

Le bilan (29) se présente sous la forme d'un tableau à deux colonnes; sur l'une d'elles est inscrit l'actif, sur l'autre est inscrit le passif; il comprend donc des éléments actifs et des éléments passifs, comme l'universalité de droit. On le définit « le relevé des soldes du grand-livre, après que ceux-ci ont été régularisés par les écritures d'inventaire, les soldes débiteurs constituant l'actif et les soldes créditeurs le passif de la maison de commerce » (30).

Cette analogie entre le bilan et le patrimoine ne peut pourtant pas permettre de comparer des notions ressortissant à des disciplines aussi différentes par leurs buts que sont le droit et la comptabilité.

Le bilan présente des caractères propres, qui ne s'expliquent que d'après les règles spéciales de la comptabilité; c'est, par exemple, la forme suivant laquelle, conformément au sens étymologique, le bilan se présente, celle d'une balance : *actif égalant le passif;* dans cette balance, les personnes non initiées à la science des comptes ne peu-

---

(28) V. étude citée de M. L. Retail, *Notion juridique de patrimoine et notion comptable de bilan.*

(29) Cons. les thèses de MM. Delavelle, *Le bilan au point de vue comptable et juridique*, th. Grenoble, 1910, notam. p. 15 et s.; Spach, *Etude du capital social dans les sociétés par actions*, th. Nancy, 1913.

(30) Delavelle, *op. cit.*, p. 22.

vent admettre que l'actif et le passif soient égaux; le compte profits et pertes assure cette égalité par un mécanisme particulier, un profane ne peut naturellement s'en apercevoir : de même dans les bilans de sociétés, ces mêmes personnes ne peuvent comprendre que le compte « capital » figure au passif : la clef de cette autre énigme ne peut être donnée que par la comptabilité et la théorie de la partie double.

Loin de nous la pensée de vouloir, si brièvement soit-il, pénétrer ici dans ce domaine ! Nous nous bornons à constater l'autonomie que revêt la notion de patrimoine par rapport à celle de bilan, comme par rapport au compte courant : il suffit de penser par exemple que, tandis que dans le patrimoine le passif peut être supérieur à l'actif, dans le bilan il y a à ce fait une impossibilité comptable (31).

Ayant ainsi fait le tour en quelque sorte des notions d'universalité de fait et de droit dans leur *genre* et leurs *différences spécifiques*, nous croyons être à pied d'œuvre pour donner la formule, la *définition* de ces deux concepts pris en eux-mêmes et dans leur opposition; conformément à une opinion des juristes de la Thémis, précurseurs de l'Ecole scientifique (32) et de sa méthode professant qu'il faut aller du connu à l'inconnu, que « la définition doit clore l'étude d'une matière et non la précéder » (33), nous avons repoussé jusqu'ici le moment d'avancer en la matière des définitions précises.

---

(31) Sur cette impossibilité, cons. les thèses précitées.

(32-33) J. Bonnecase, *La Thémis* (1819-1831). *Son fondateur, Athanase Jourdan*, 2e éd., 1914, p. 354.

SECTION II

LA FORMULE DE L'OPPOSITION DES CONCEPTS D'UNIVERSALITÉ DE FAIT ET DE DROIT; SA CORRESPONDANCE ANALOGIQUE DANS LA DISTINCTION DE LA COPROPRIÉTÉ ET DE L'INDIVISION

L'universalité de fait se ramène à un ensemble de biens ou éléments purement actifs, de nature identique ou différente, qui conservent par rapport au bien unitaire constitué par l'universalité de fait prise en soi une large individualité; l'ensemble des biens ou éléments réunis par une communauté de destination est susceptible de faire l'objet d'un droit de propriété au profit d'un seul (propriété ordinaire) ou de plusieurs (copropriété) et constitue, dans les opérations juridiques dont il est également l'objet : usufruit, gage, etc., un bien au sens technique et scientifique du mot; on se trouve en présence d'une universalité de fait, lorsque les éléments composants séparés matériellement (fonds de commerce, troupeau, exploitation agricole ou industrielle, train de culture, etc.), ou simplement contigus (bibliothèque), sont néanmoins assez individualisés pour qu'ils ne puissent se fondre au moins pour la plupart dans la constitution matérielle purement technique d'un tout (comme c'est le cas du navire).

L'universalité de droit est d'abord une universalité de fait; elle réunit dans son sein les éléments actifs, les biens les plus divers par la nature ou l'origine, mais elle ne répond plus à l'idée d'un bien au sens strict, elle évoque au contraire l'idée d'une « masse » de biens susceptibles de garder respectivement leur physionomie une fois dispersés,

de biens devant lesquels se tisse un réseau de créances et de dettes, de biens qui sont étroitement reliés entre eux par la nécessité inhérente à la notion même de répondre du passif corrélatif (34).

Cette opposition n'a pas une valeur purement théorique de classification, elle a trouvé une manifestation saillante dans une opposition en quelque sorte correspondante qui existe entre les notions de *copropriété et d'indivision.*

Cette opposition n'a été nettement aperçue que par quelques auteurs récents, en particulier M. le professeur Bonnecase, qui a construit au cours de son enseignement à la Faculté de droit et dans ses ouvrages, une synthèse de cette opposition, synthèse sur laquelle nous nous appuyons dans l'exposé qui va suivre (35).

Les traités de droit civil les plus récents tiennent *pour synonymes les expressions de copropriété et d'indivision.* Dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, comme aussi de la terminologie juridique, indivision et copropriété ont un même sens. On parle expressément des cohéritiers propriétaires par indivis, et l'on qualifie les copropriétaires de coïndivisaires.

C'est là faire une confusion certaine, qui empêche de comprendre *toute la distance qui, même dans le Code civil, sépare l'indivision de la copropriété.* C'est ainsi, en effet, qu'on a cru trouver dans ce que l'on appelle les indivisions forcées et perpétuelles, qui ne sont en réalité qu'un cas de

---

(34) Cpr. Bonnecase, *Suppl. au Baudry*, t. IV, nos 254 et s.
(35) J. Bonnecase, *Suppl.*, t. IV, p. 349-380, nos 175-184.

copropriété, une simple exception à la règle de l'article 815 assignant une durée de principe essentiellement temporaire à l'indivision. Mais *que faut-il entendre par copropriété?*

Le terme de copropriété vise essentiellement, comme son seul énoncé l'indique d'ailleurs, un *droit réel appartenant collectivement à plusieurs sur une seule et même chose individualisée. L'indivision*, au contraire, sert, nous l'avons vu, *à désigner une universalité toujours appartenant à plusieurs*, universalité ne jouissant pas d'un régime organique, organisé (36).

Retenons ainsi la différence essentielle qui sépare, au point de vue de *l'objet*, la copropriété de l'indivision, et citons immédiatement comme exemples, comme applications concrètes du concept de copropriété, le cas où un immeuble est acheté collectivement par deux personnes sans assignation de parts, la mitoyenneté des clôtures, la division d'une maison par étages et appartements entre plusieurs propriétaires, les allées et les cours desservant plusieurs immeubles. Le type de l'indivision au sens propre et strict du terme est, au contraire, représenté par la masse d'une succession dévolue à plusieurs héritiers (37).

(36-37) J. Bonnecase, *op. cit.*, p. 349. Cette opposition a été entrevue aussi par un auteur très récent, M. Jonasco, dans un ouvrage intitulé : *La copropriété d'un bien*, th. Paris, 1930. Mais il faut ajouter tout de suite que cet auteur, tout en ayant entrevu la distinction à établir en principe entre la copropriété et l'indivision, ne fonde pas cette distinction sur le critère que nous avons adopté, correspondant étroitement à celui de l'universalité de fait et de l'universalité de droit. « Les auteurs, écrit-il p. 5-6, prennent bien souvent ces expressions de copropriété et d'indivision comme synonymes. Il convient pourtant de faire une distinction. La copropriété se réfère seulement à des choses matérielles, susceptibles de propriété, tandis que l'indivision, expression plus large, s'applique à toute espèce de biens, aussi bien à des choses matérielles qu'à des choses incorporelles. C'est ainsi que l'indivision peut avoir pour objet un patrimoine, une hérédité, un ensemble de biens, un fonds de commerce, tandis que la copro-

Il nous reste à préciser davantage *la nature spécifique* et le *champ d'application rationnel* de la notion de copropriété.

Considérée du point de vue de sa nature spécifique, la copropriété est simplement *une manière d'être du droit de propriété;* elle trouve sa consécration législative dans des dispositions expresses du Code civil.

Elle est une modalité du droit de propriété tenant à la pluralité de sujets pour un même objet, tout comme la solidarité ou l'indivisibilité constituent des modalités des obligations, du droit de créance, tenant à la pluralité des sujets.

On n'a pas aperçu que le siège de la matière, en ce qui concerne la copropriété, se trouve dans le livre II du Code civil : *Le droit des biens*, alors que le même Code traite de l'indivision proprement dite au livre III : *Droit des successions*. Les rédacteurs du Code civil ont usé encore ici, à l'égard de la copropriété, d'une méthode déjà signalée qui consiste à consacrer une notion déterminée sous forme d'applications particulières dans des textes parfois très épars et très spéciaux.

En l'espèce, ce sont les articles 653 et suivants, relatifs à la mitoyenneté des clôtures, qui contiennent les applications concrètes de la notion de copropriété.

Le législateur a conçu la mitoyenneté comme une institu-

---

priété ne peut porter que sur des choses matérielles isolées. L'indivision serait le genre et la copropriété l'espèce, une espèce de l'indivision... »

Par ailleurs, l'auteur adhère à la notion d'indivision organisée, que nous rejetons; enfin, alors que nous voyons dans leur objet respectif la différence essentielle entre la copropriété et l'indivision, M. Jonasco trouve cette différence dans une diversité de nature spécifique, la copropriété se plaçant en dehors de la propriété ordinaire, à l'encontre de l'indivision, et constituant un droit réel *sui generis* (p. 6 à 17, et, surtout, p. 270-281), ce qui n'est pas une explication.

tion d'application non pas restreinte ou restrictive, mais étendue, extensive; la preuve en est dans la rédaction de l'article 661 :

« Tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. »

D'autre part, l'article 664, relatif aux maisons divisées par étages entre plusieurs propriétaires et dont l'application pratique s'étend actuellement dans les grandes villes, prévoit du même coup une hypothèse de copropriété qui, par son caractère légal, légitime toutes les autres (38); les murs, le toit, les escaliers sont par la force même des choses, et à défaut de conventions contraires, susceptibles de faire l'objet d'un droit de copropriété au profit de tous les propriétaires des appartements. Pourquoi en irait-il autrement, par exemple, d'une cour extérieure desservant plusieurs immeubles ou même d'un immeuble acheté en commun par deux personnes ?

M. Bonnecase fait remarquer que, dans ce dernier cas, la copropriété se transformera très aisément en société civile : il suffit pour cela que les deux acheteurs se préoccupent plus ou moins d'exploiter l'immeuble en commun pour qu'ils doivent être considérés comme des associés; on se trouve alors en présence de la notion de personnalité morale. *Il ajoute d'ailleurs que cette éventualité ne contredit nullement l'existence légale de la copropriété, dont l'exten-*

---

(38) Observons l'importance pratique croissante de cette hypothèse. Cons. sur ce point la thèse de M. R. Bernard, *La propriété des étages et des appartements dans les maisons horizontalement divisées*, Paris, 1928.

sion indéfinie peut s'appuyer sur des arguments solides et nombreux (39).

Au point de vue de son champ d'application, la notion de copropriété, au sens où nous l'entendons avec M. Bonnecase, est plus compréhensive que la notion d'indivision forcée et perpétuelle; cette constatation résulte indirectement, il est vrai, mais sûrement, des développements de certains auteurs qui, par la manière dont ils conçoivent des catégories d'indivisions soustraites à l'article 815, ouvrent la porte à une copropriété qui dépasse la physionomie prétendue traditionnelle de l'indivision forcée et perpétuelle (40).

L'indépendance de la copropriété, par rapport à l'article 815, se justifie et s'explique par sa notion elle-même; par sa nature spécifique propre, la copropriété est susceptible d'une durée indéfinie ou même perpétuelle.

La copropriété s'impose comme une manière d'être du droit de propriété; la doctrine française, surtout au XIX° siècle, ne s'était pas rendu compte de la variabilité du droit de propriété dont les auteurs avaient une conception unitaire, parce qu'ils oubliaient trop souvent l'objet du droit de propriété pour n'apercevoir que le sujet (41). C'est le mérite de M. Goubeaux (41 *bis*) d'avoir montré le caractère fâcheux de cet oubli, que les éléments constitutifs de la propriété sont éminemment variables et en rapport avec la

---

(39) *Op. cit.*, p. 366.

(40) *Op. cit.*, p. 355 et s.

(41) M. Jonasco (*op.* et *loc. cit.*) tombe encore dans la même erreur, selon nous, en voyant dans la copropriété un droit réel *sui generis*, et non une modalité du droit de propriété; on a fait un abus antijuridique des notions prétendues *sui generis;* ce n'est pas là une explication rationnelle, mais une conception empreinte d'un « nihilisme juridique » un peu décourageant et un aveu d'impuissance inconsidéré.

(41 *bis*) *Op. cit.*, p. 108 et s.

fonction sociale ou économique imprimée à la chose qui en est l'objet.

Dès lors, si un immeuble, telle une cour, est affecté au service d'une série d'autres immeubles, qu'importe la multiplicité des sujets directement ou indirectement bénéficiaires de cet état de choses ? La durée de la copropriété est commandée par la durée même des nécessités qui ont entraîné son établissement.

Comment expliquer le caractère au contraire essentiellement temporaire de l'indivision ? On peut dire tout d'abord que c'est un état subi et non un état voulu; ce n'est pas suffisant.

« On peut parfaitement concevoir, déclare M. Bonnecase, sous réserve des règles inhérentes à la liquidation des successions et à l'obligation au passif plusieurs personnes acquérant des cohéritiers une masse héréditaire. Celle-ci n'en demeurera pas moins soumise à la règle de l'article 815 pour *la bonne raison qu'une universalité juridique, un patrimoine, autrement dit un ensemble d'actif et de passif, suppose une vie interne et postule, par conséquent, un organisme assurant la régularité de celle-ci; sans cet organisme, c'est d'abord la stagnation, ensuite les mouvements désordonnés et enfin la désagrégation.* » (42).

M. Bonnecase écarte à cette place une objection possible : l'argument que l'on fait valoir contre la durée indéfinie d'une indivision ne vaut-il pas à titre égal contre celle d'une copropriété ? Il suffit pour se rendre compte de la différence, répond M. Bonnecase, « de songer que la copropriété repose sur un élément simple, un bien individualisé

(42) *Op. cit.*, p. 372-373.

étant parfaitement susceptible de se prêter à l'usage de deux ou plusieurs personnes, sans qu'il doive être question pour cela d'un organisme commun ou d'une action commune, pour la bonne raison que la notion de passif est hors de cause » (43).

Il est évident que l'usage d'un moulin ou d'une cour par les copropriétaires est susceptible de se faire sans heurts; *a fortiori* la situation est-elle la même pour les parties communes d'une maison divisée par étages entre plusieurs copropriétaires. La situation est beaucoup plus difficile en ce qui concerne l'usage individuel des divers éléments d'une universalité, objet d'une indivision.

La copropriété et l'indivision ainsi différenciées n'ont qu'un seul point commun, c'est qu'elles constituent toutes deux des situations inorganisées, à caractère individuel, exclusif de la personnalité morale.

Quoi qu'il en soit, cette étude comparative de la copropriété et de l'indivision nous aura montré que *ces deux notions s'opposaient scientifiquement entre elles comme l'universalité de fait s'oppose à l'universalité de droit;* elle constitue une sorte d'illustration en même temps qu'une preuve éclatante de la valeur du critère que nous avons mis à la base de l'opposition des universalités de fait et de droit, à savoir l'existence pour ces dernières d'un passif propre corrélatif aux éléments actifs, l'absence dans les premières de ce passif, étant donné qu'elles sont uniquement composées d'éléments variés, mais purement actifs, à l'exclusion de toute idée de passif.

Nous pourrions arrêter là nos explications si nous ne

---

(43) *Ibid.*, p. 373.

voulions montrer ou plutôt achever de montrer que les notions d'universalité de fait et de droit sont l'expression technique adéquate d'un réel infiniment riche et substantiel.

SECTION III

CARACTÈRE TECHNIQUE ET SCIENTIFIQUE INDISSOLUBLEMENT LIÉ DES NOTIONS D'UNIVERSALITÉ DE FAIT ET DE DROIT; LES « DONNÉS » DE CES CONCEPTS

La méthode nouvelle d'interprétation, dont nous avons marqué dans notre Introduction les traits essentiels, ne ressortit pas uniquement à la technique; elle a trait également à la science proprement dite. Prenant son appui sur la philosophie de l'intelligence (44), elle constitue et accroît sans cesse les apports de la *science positive* ou *science expérimentale;* cette dernière a une double mission, elle se trace un double but à atteindre, ainsi que l'écrit excellemment M. le professeur Bonnecase (45) : « La science positive, c'est-à-dire la science expérimentale..., loin de renier les faits et leurs enseignements, commence par les étudier intégralement et sans idée préconçue à la lumière de la raison. *S'il est nécessaire, elle va ensuite par delà les faits pour justifier les directives qui en découlent* (46), parce qu'elle estime que l'intelligence humaine est à même de

---

(44) Sur cette philosophie dans ses rapports avec le droit, v. J. Bonnecase, *Intr. ét. dr.*, 2e éd., nos 237 et s.

(45) *Intr. ét. dr.*, 2e éd., p. 368.

(46) C'est nous qui soulignons. La science positive ne doit pas en effet être confondue avec le positivisme juridique, aux yeux duquel, au delà des faits et des lois, il n'y a plus rien à chercher ni même à savoir (*Intr. ét. dr.*, p. 340).

saisir la vérité, même sous son aspect immatériel. C'est ainsi que, pour cette philosophie, le problème du droit est à la fois expérimental et rationnel et que, par voie de conséquence, la science du droit est à son tour, jusque dans ses déductions les plus éloignées, une science indivisiblement expérimentale et rationnelle. »

En d'autres termes, le domaine de la science positive ressortit à la fois à la technique juridique et à la science proprement dite, pour reprendre la célèbre distinction de M. le doyen Gény. La technique et la science s'entremêlent sans doute; toutes les observations émises jusqu'à ce moment dans tout le cours de ce travail présentent plus ou moins un caractère à la fois technique et scientifique; néanmoins, on peut affirmer qu'en général c'est avant tout de la technique, des éléments techniques que nous avons envisagés; notre tâche a consisté à découvrir l'enveloppe technique des concepts d'universalité de fait et de droit, qui nous sont apparus comme des concepts *a posteriori*, c'est-à-dire, rappelons-le, des concepts reproduisant les données de l'observation directe, du *réel;* la formule proposée sur eux revêt pour une grande part un caractère technique, il nous faut maintenant faire état du côté scientifique, de l'élément scientifique qui domine ou doit dominer toute notion technique. Nous venons de dire que les concepts *a posteriori* reproduisent les « données » du réel [47]; ce réel est d'ailleurs très varié, ainsi que l'a dit M. Bonnecase dans cette belle pensée juridique :

---

(47) V. note pages suivantes.

(47) L'éminent doyen de Nancy distingue dans le « donné » quatre éléments, quatre « donnés » scientifiques : le donné réel, le donné rationnel, le donné historique, le donné idéal.

« J'entends par données réelles ou strictement naturelles du droit positif

« L'intelligence, dans le vrai sens du terme, n'opère que dans le monde du réel, étant bien entendu *que le monde du réel ne se réduit pas à un monde purement matériel et visible*. Le théoricien qui tendrait *à brimer la réalité, quelle*

---

celles qui consistent dans les conditions de fait où se trouve placée l'humanité. Peu importe qu'il s'agisse de la nature physique ou morale dont l'homme est encerclé (climat, sol et ses productions, constitution anatomique et physiologique de l'homme, état psychologique, aspirations morales, sentiment religieux, etc...) ou des conditions économiques qui influencent son activité, voire des forces politiques ou sociales existantes. Ces réalités positives et actuelles ne créent pas directement les règles juridiques, mais elles en dessinent les contours et, pour le moins, en constituent le milieu nécessaire. Ce sont donc bien des données premières, dont il est indispensable de tenir compte avant tout, ne fût-ce que pour assurer la position des problèmes du droit, parfois même afin d'en circonscrire *a priori* la portée.

» Sur ce donné réel vient se greffer un donné historique. Les faits et circonstances de la vie humaine ou sociale en ont déterminé une certaine réglementation. Celle-ci est même, à la longue, devenue fort considérable. Elle s'est réalisée notamment par le jeu de ces moyens techniques que nous devons signaler plus loin : coutume caractérisée, loi écrite et autres sources formelles du droit qui s'y peuvent rattacher, sans parler des instruments d'interprétation ou d'application, doctrine, jurisprudence, pratique proprement dite. De cet ensemble de forces concurrentes, complété encore par le travail mystérieux qui accompagne l'évolution même du monde, résulte un acquis de prétextes, servant de cadres à la conduite de l'humanité qui, parfois, pèsera lourdement sur elle, dont, en tout cas, elle ne saurait faire abstraction dans la poursuite de sa marche progressive. Et ce produit de l'histoire ne consiste pas seulement — à l'image du donné réel — en éléments matériels bruts et, pour ainsi dire, passifs de l'organisation juridique; il contient, toutes formées, des règles d'ores et déjà suffisantes pour diriger les volontés des hommes et constituant, dès à présent, le droit postulé par la vie.

» Quand il s'agit de régler la conduite morale ou sociale de l'humanité suivant une marche progressive, le critérium décisif doit être cherché dans un domaine supérieur aux contingences et aux hasards de la vie... C'est pourquoi doit intervenir tout d'abord, à côté des précédents et avec une valeur prépondérante, un donné rationnel qui contiendra la direction capitale pour assurer, autant qu'elle est possible, l'élaboration scientifique du droit objectif. En réalité, ce donné rationnel représente le fonds essentiel du droit naturel classique, nettement dégagé de tout alliage... Il est, en effet, des règles de conduite... que la raison dégage de la nature de l'homme et de son contact avec le monde... Et bien que la nécessité qui les domine ne soit pas physique (comme celle issue du donné réel », mais

qu'elle soit, ne tendrait à rien moins qu'à brimer l'intelligence qu'il porte en lui. » (48).

Faisons application de cette pensée à la notion d'universalité et à ses variantes.

La notion d'universalité est la traduction d'une réalité certaine, mais d'une réalité métaphysique, d'une réalité « idéale » (49).

---

purement morale, elles méritent absolument, en raison de leur objet, de composer le droit proprement naturel avec les qualités spécifiques qui lui sont reconnues (universalité et immutabilité de principe)... Mais il doit rester bien entendu, en vue d'assurer à ce donné rationnel la valeur éminente dont il est digne, qu'il ne comprend que les préceptes que la raison nous montre impérieusement postulés par la nature de l'homme, sans l'étendre jusqu'aux desiderata, plus raffinés et plus contestables, suggérés par des aspirations moins nettes, et que nous renvoyons au donné idéal.

» Reste... à reconnaître, à côté des éléments objectifs qui précèdent, capable d'agir sur chacun d'eux, extrêmement étendu dans sa portée, flottant et vague dans son contenu, un donné idéal, qui semble concentrer toutes les aspirations humaines en vue du progrès incessant du droit positif. De fait, en dehors du règlement juridique qu'imposent les réalités de la vie ou les exigences de la raison déjà quelque peu organisées par l'histoire, se présente un ensemble de considérations d'ordre physique, psychologique, moral, religieux, économique, politique, qui, sans déterminer de façon nécessitante de nouveaux prétextes de conduite sociale, en projettent, en quelque façon, l'inclinaison, ou du moins suggèrent la direction à suivre. Il y a bien là — quoique la notion en puisse sembler, de prime abord, contradictoire — un donné de la vie, susceptible de contribuer à pousser l'élaboration du droit, mais un donné purement idéal, puisqu'il ne représente, ni des réalités saisissables, ni des conditions rationnelles, moins encore un acquis historique, et qu'il se ramène à de simples tendances vers une organisation désirable des rapports de droit... C'est ce que l'on rencontre notamment, à chaque pas..., en tous les travaux ou délibérations que suscite une réforme quelconque du droit existant. » (Gény, *Science et technique*, t. II, p. 371, 372, 376, 377, 380, 381, 384, 385.)

(48) *Suppl.*, t. I, p. 554.

(49) M. le Professeur J. Chevalier, philosophe éminent, distingue le concept et l'idée. V. l'article intitulé *Le concept et l'idée* dans les *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 113 à 136. Cette distinction correspond dans une certaine mesure à une différence entre ce qui vient de nous et ce qui vient des choses, entre ce qui est *conçu* par notre esprit et ce qui est *vu* par lui, entre le concept et l'idée. M. Chevalier fait remarquer que cette distinction est conforme à l'étymologie : *eidos*, *idea*, ou idée, vient de la racine sanscrite *fid.* ou *vid.*, qui signifie voir, et que l'on retrouve dans le verbe

Cette affirmation se trouve concorder à la fois avec des théories philosophiques récemment exprimées par des auteurs éminents et avec les données de la notion de droit, telle qu'elle se trouve conçue dans la théorie métaphysique et individualiste du droit dont nous acceptons les principes (50).

---

latin *videre*. L'opposition entre le concept et l'idée n'est d'ailleurs pas très tranchée; « en toute connaissance, il y a une part qui vient de l'esprit et une part qui vient des choses : tout objet est partiellement donné et partiellement construit...; une idée s'exprime toujours nécessairement dans un concept ou plutôt dans un ensemble de concepts... et inversement il serait difficile de trouver un concept derrière lequel il n'y ait pas une idée ». Il observe que chacune de nos catégories juridiques et morales tient à la fois de l'idée et du concept; le sentiment que nous avons de l'incomplétude de nos concepts constitue aux yeux de l'éminent professeur la valeur durable de nos constructions. C'est la métaphysique qui pose et résout le problème de la distinction du concept et de l'idée. « Rien d'étonnant à cela, puisque la métaphysique est la science du réel et que nul problème ne se pose ou ne se résout qu'en fonction du réel. » M. Chevalier a montré dans d'autres œuvres les rapports étroits qui existent entre la science et la métaphysique. V. J. Chevalier, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1927, t. IX, « *La science et le réel* ».

(50) Un de ses partisans les plus ardents s'exprime ainsi : « Les métaphysiciens du droit ont fait de la notion de droit une notion métaphysique participant de la notion d'absolu. Ils se sont, en un mot, situés dans le cadre de la métaphysique traditionnelle; de même qu'en morale, la notion du bien en soi, du bien absolu, était dictée par les notions premières; de même, ont-ils pensé, la raison nous conduit par delà les phénomènes juridiques à la notion du droit en soi, du droit absolu. *Le droit sera donc représenté dans leurs écrits comme un concept représentatif d'un élément immatériel et essentiel de la vie de l'humanité; un par essence, il ne se confondra pas avec les formes multiples, dont il détermine l'apparition, mais il s'incorporera en elles, il deviendra par elles visible et concret; type immuable existant réellement et distinctement en dehors des choses données, il constituera un principe dont les choses données ne seront que des dérivés imparfaits*. Bref, le droit est considéré dans la doctrine métaphysique comme l'une des pièces constitutives de l'ordre du monde, comme l'une des forces invisibles, mais réelles, au milieu desquelles se meut l'univers, et qui l'orientent vers sa fin. C'est ainsi que, par voie de déduction logique, le droit nous apparaît, dans sa notion métaphysique, comme immuable, universel et éternel. » (J. Bonnecase, *La notion de droit en France au XIX^e siècle*, p. 95 et 96.) — Ajoutons que l'Ecole métaphysique voit le contenu de la notion de droit dans le respect et la protection de la personnalité humaine; pour elle, le droit ne peut signifier que la faculté reconnue à chacun de vivre et de se développer en conformité avec les aspirations de son être et le respect des aspirations du voisin.

On peut dire en quelque sorte de l'universalité ce que dit M. Bonnecase de la notion de droit. La notion d'universalité est un concept, est une idée; l'abstraction élevée de cette idée correspond à une réalité substantielle; mais dans la vie juridique, quittant son caractère transcendantal, elle concrétise sa réalité et son immuabilité en des formes variées, plus visibles pour notre esprit humain relativement borné.

Ces formes, ces concepts plus concrets correspondent à des données scientifiques.

Le donné « réel » se lie ici étroitement au donné « rationnel ». Il est incontestable que la réalité même des choses, la « nature des choses » pour employer l'expression de M. Gény, impose la reconnaissance juridique tant de l'universalité de droit que de l'universalité de fait.

Cette vérité apparaît comme évidente à notre sens à l'examen des éléments constitutifs desdites notions; nous avons vu qu'elles se distinguaient comme *un tout bien distinct des éléments* servant néanmoins à les constituer. De même qu'un troupeau s'oppose à un animal isolé, que le fonds de commerce constitue un ensemble distinct des éléments composants dans la réglementation des rapports juridiques patrimoniaux, de même le patrimoine pendant la vie d'une personne se différencie par une existence propre de l'existence des droits réels, des obligations isolées, qui contribuent à le constituer, de même encore la masse héréditaire; il n'est besoin que de renvoyer aux explications antérieurement fournies au cours de notre thèse.

Combien fausse au regard des données de la nature, de la réalité et de la raison, apparaît cette assertion d'un

auteur [51] pour qui le patrimoine n'est rien autre chose que les divers biens et droits qui le composent, n'a pas de nature propre, n'est pas une substance, pour lequel la présence des dettes et des créances dans le patrimoine n'est que le résultat d'un « lien mystique » que forge notre imagination entre celles-ci et le patrimoine dans la sphère d'attraction duquel elles seraient entraînées !

Le patrimoine, de même que le fonds de commerce, constitue une réalité issue directement du donné « naturel », du donné « rationnel » et du donné « *économique* »; à n'envisager que ce dernier, il est manifeste que la notion d'universalité de droit puise des racines profondes dans les données de l'économie politique, science qui présente d'ailleurs les rapports les plus étroits avec le droit, comme on l'a excellemment et maintes fois remarqué [52].

Le droit du patrimoine, a-t-on dit, n'a d'autre but que d'assigner les limites réclamées par l'ordre social à l'activité des individus et des collectivités dans le domaine économique; il donne, en d'autres termes, à l'appropriation des richesses et à l'échange des services, par exemple, une forme les soumettant à des conditions qui, en procurant toutes garanties aux divers intérêts en présence, enlèvent au fait brutal de l'appropriation et de l'utilisation des services tout caractère arbitraire, le convertissent à l'opposé en un élément de prospérité individuelle et d'harmonie sociale [53].

---

(51) Bayart, *op. cit.*, p. 114.

(52) Cons. sur ce point, entre autres études, les considérations suggestives émises par M. Gény sous le titre *Economie nationale et droit civil*, dans la *Rev. trim.*, 1930, p. 53 à 66, à propos du livre de M. L. Brocard, *Principes d'économie nationale et internationale*, Paris, Sirey, 1929-1930.

(53) Bonnecase, *Ecole de l'exégèse*, 2e éd., p. 227.

De même l'universalité de fait, sous les formes de plus en plus complexes et compréhensives de l'économie moderne, fonds de commerce, train de culture, exploitations industrielles ou agricoles, réalise la mise en valeur de richesses nombreuses et, sous le couvert de l'appropriation juridique, comporte un mouvement incessant de rapports et d'échanges économiques.

La réalité scientifique de nos deux concepts, distincts quant à l'ensemble qu'ils constituent des biens qui le composent, peut être rattachée, croyons-nous, à ce que l'on a appelé *le principe de l'unité dans la pluralité*. Ce principe n'est autre que l'expression de la tendance insurmontable de l'esprit humain en présence d'un groupement homogène à l'unifier, à lui reconnaître une existence aussi réelle qu'aux éléments qui le composent.

M. Mestre (54) justifie ce principe d'après les considérations suivantes :

« Ne regardons-nous pas le corps humain, ensemble de cellules qui sont des êtres vivants, comme un nouvel être, vivant à son tour ? Kant, dans la *Critique de la raison pure*, fournit de ce même principe une application aux mathématiques : 7+5 = 12. Qu'est-ce-à-dire, sinon que la fusion des deux nombres produit un nombre nouveau ? Sans doute, il n'est rien dans 12 qui n'ait déjà été dans 7 + 5; de même que le corps ne contient rien que des cellules : qui niera la réalité du corps humain, la réalité du nombre 12, aussi constante que (7+5), que la somme de ces cellules ?...

» *Dans la vie de tous les jours, la théologie, les arts, dans*

(54) Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, th. Paris*, 1899, p. 195 et s., et les auteurs cités par lui.

toutes les manifestations de la nature analysées par l'homme, on retrouve ce principe de l'unité, résultant toujours de la pluralité. La chimie nous en fournit un exemple frappant; de deux corps mis en présence et soumis à une certaine influence, il résulte un corps nouveau, d'une réalité aussi certaine que celle des deux substances primitives; l'oxygène et l'hydrogène donnent l'eau par leur combinaison, sans doute, il n'y a rien dans l'eau qui ne provienne des deux corps mis en présence, et cependant l'eau est autre chose que de l'oxygène et de l'hydrogène. » (*Op. cit.*, p. 195-198.)

M. Mestre ajoute que la science du droit, si intimement mêlée à la vie, ne pouvait que consacrer elle aussi le principe universel de l'unification de la pluralité Il observe que la notion de patrimoine n'est pas au fond autre chose que l'unification d'une pluralité de droits, et la personnalité juridique autre chose que l'unification d'une pluralité de personnes.

M. Ed. Picard (55) ne soutient-il pas la même idée quand il indique la création d'une entité vivante nouvelle, la collectivité, résultant du groupement des hommes en un « concert social », collectivité qui, dit-il, « ajoute une unité à la collection de leurs individus »; n'est-ce point ce même principe qui se retrouve à la base des *universitates*, que le même auteur considère comme objets de droit ?

Cette existence du tout distinct scientifiquement et techniquement des éléments constitutifs est si vraie, que certains auteurs, ont parlé d'une « *personnification des universalités de droit et de fait* ». C'est le cas de M. de la

(55) Ed. Picard, *Les constantes du droit*, Paris, 1921, p. 48-49, p. 160, 51 et s.

Grasserie, dans un article curieux dont nous résumons en note la substance pour le moins originale (56).

Il faut faire sans doute la part de l'exagération dans cette thèse de sociologie juridique (57), il n'en reste pas moins vrai que les notions d'universalité de fait et de droit sont l'expression technique et scientifique d'une synthèse nouvelle née de l'unification d'éléments particuliers en un tout distinct.

Le principe de l'unité dans la pluralité est donc à la racine de ces concepts; il s'absorbe dans leur « donné rationnel », mais son application à ces notions a donné lieu à quelques difficultés, a présenté quelques variations.

Cela tient au fait que les notions juridiques sont, dans leur évolution, soumises à l'influence du temps; « elles ont beau correspondre à des réalités permanentes, par exemple à des êtres ou des choses, elles sont néanmoins fonction du temps à un double degré : elles le sont *comme les notions d'êtres ou de choses* en ce sens qu'elles peuvent s'imprégner, au cours de l'évolution, d'une signification variable; mais elles le sont en outre et de façon plus intime parce qu'elles expriment des faits, que l'esprit ne peut réaliser que dans des circonstances particulières dans

---

(56-57) De la Grasserie, *sub hoc tit*, dans un article sur la *Personnification et la réalisation juridiques* (*Rev. gén. dr.*, 1912, p. 223 et s., 322 et s.). Ce double phénomène de la personnification et de la réalisation consiste pour lui essentiellement à hausser ou à baisser sur l'échelle mondiale l'être envisagé, le plaçant tantôt au-dessus, tantôt au-dessous de sa position réelle et normale. Dans ce but, les êtres sont divisés principalement en deux catégories, qui sont les personnes et les choses. Si une chose est élevée à la dignité de personne, il y a personnification; si une personne est rabaissée à la situation d'une chose, il y a réalisation. L'auteur, distinguant la personnification des choses et des entités, place les universalités de fait et de droit, au point de vue de ce phénomène juridique, dans la première catégorie.

l'espace et le temps. On admettra sans doute aisément que la nature même de ces notions les rend particulièrement solidaires de l'évolution » (58).

Le « *donné historique* » de nos notions, qui traduisent des ensembles de choses au sens le plus compréhensif du mot ou correspondent à une chose, à un bien formé d'éléments divers, devait varier dans une certaine mesure dans le temps.

A côté de l'élément permanent constitué par la fongibilité des éléments de l'universalité, corollaire du principe logique général d'identité et exprimant l'immuabilité de l'universalité malgré les transformations de ses éléments, à côté de cette donnée constante, rationnelle, il s'est présenté en la matière des éléments plus contingents qui n'ont été précisés qu'au travers d'incertitudes ou de discussions.

L'individualité juridique de l'universalité a été diversement interprétée ou fondée en raison, et *le lien unissant ses éléments*, assorti d'explications quelque peu différentes.

En ce qui concerne *l'individualité juridique*, il semble ressortir de l'examen historique sommaire auquel nous avons procédé que l'histoire a connu une conception des universalités comme ensembles distincts de leur composition matérielle, comme des unités réelles; cette idée scientifique a correspondu à des besoins pratiques variant avec les époques; à Rome, l'individualisation du troupeau a été entrevue au moins initialement par les jurisconsultes dans le domaine de la procédure, à l'occasion de la revendication; les universalités de fait et de droit peuvent-elles

---

(58) J. Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, th. de lettres, Paris, Alcan, 1926, p. 153.

s'est-on demandé ensuite, faire l'objet propre de droits : usufruit, gage, etc.? Des controverses sont nées sur ce point parmi les jurisconsultes. C'est sous ce dernier aspect que ces notions présentent, à l'heure actuelle, une très grande importance; mais sous des influences d'exégétisme historique ou d'une insuffisante compréhension des données organiques actuelles, les législations étrangères surtout ou la doctrine respective correspondant aux principales civilisations juridiques n'ont pas vu, même ont nié cette importance; notre effort a tendu, au contraire, à la mettre expérimentalement et rationnellement en lumière.

L'origine du lien unissant les divers éléments de l'universalité a été, disions-nous, assorti également d'explications différentes. Les législations antiques ont été influencées par les théories philosophiques alors en faveur, ce fut le cas pour les universalités de fait et de droit; pour ne parler que de la première, le *corpus*, l'*universitas ex distantibus* est considéré comme un *unum corpus*, parce que *sub uni nomini subjectum*, parce que désigné par le même nom; le nom fut longtemps considéré par la philosophie et les pratiques antiques non seulement comme un signe conventionnel, mais comme une partie intégrante des choses (59); d'où la doctrine des *universitates ex distantibus* mettant en relief comme significative cette unité de désignation.

Des considérations analogues ont été émises au moyen âge sur ce point, mais l'on retrouve dans une certaine déformation de ces idées l'influence des conceptions philosophiques alors régnantes, en particulier du nominalisme; on doit voir dans cette influence l'origine de l'opinion qui envisageait les universalités comme distinctes de

(59) Vendryes, *Le langage*, *Paris*, 1921, p. 216.

leurs éléments, mais considérait cette distinction comme *fictive* en quelque sorte; et pourtant, par ailleurs, la doctrine n'hésitait pas à voir dans ces mêmes universalités des objets propres de droit; il y avait dans cette dualité d'opinion une contradiction interne qui doit être résolue aujourd'hui par l'affirmation du caractère réel et scientifique des universalités, ensembles susceptibles de faire l'objet de différentes opérations juridiques; elle a pu ou peut être aujourd'hui résolue parce que, sans être lié par une interprétation physique de l'univers, le juriste, dans le donné naturel, considère très largement *le « donné économique »* et le précise à la lumière du donné rationnel; *la destination* qui unit les biens variés unis dans l'universalité est *une idée économique*, qui prend une place appréciable dans la formation du concept d'universalité.

Mais cette affectation est une idée complémentaire, une idée seconde, non un fondement primordial; peut-elle servir à traduire le « *donné idéal* » en la matière? Nullement, à notre avis, et c'est le tort des auteurs, dont nous avons noté la doctrine au cours de ce travail, de l'avoir cru et soutenu; le concept d'universalité pris en lui-même, abstraitement ou plus simplement sous la forme de ses deux variantes, trouve son fondement dans la personnalité, physique ou morale, dont il assure le développement ou l'épanouissement en contribuant à réaliser, au même titre que la règle de droit, l'harmonie sociale qui est due à la conciliation du respect et de la protection de la personnalité des individus avec la sauvegarde et les exigences positives des intérêts de la collectivité considérée dans ses divers groupements.

Toujours liées à la personne, les universalités de fait et de droit tendent à satisfaire ses aspirations sociales; sous

le couvert de cette opposition, la notion d'universalité de fait et la notion d'universalité de droit se diversifient en notions multiples, nous citerons : le fonds de commerce, le patrimoine, la personnalité morale, l'indivision, la communauté entre époux, la copropriété.

Ces notions ne constituent-elles pas dans une très large mesure l'armature même de la *technique* du droit civil? Comme l'a noté M. Gény lui-même, le « donné idéal », par certains côtés, confine à la technique ou du moins y conduit, tout en demeurant essentiellement un donné, car il s'impose, en quelque mesure, à l'esprit; on peut même ajouter, écrit l'éminent doyen, « qu'il procure un affinement des conclusions de la raison et qu'il tend à accroître la nature intelligible des choses, en rapprochant la vie sociale de la justice suprême, que postulent les aspirations les plus élevées et les plus mouvantes de l'homme » (60).

Si nous appliquons ces idées à notre sujet, nous nous permettrons d'affirmer que les aspirations diverses de l'homme et du milieu social, se résumant dans la protection de la personnalité tant individuelle que collective, se trouvent satisfaites, reconnues ou légitimées par la mise en œuvre différenciée des concepts d'universalité de fait et de droit; le donné idéal ainsi compris inspire toute notre thèse; il suffit d'analyser une à une les notions qui se rattachent à eux, telles que patrimoine, fonds de commerce, copropriété ou personnalité morale; c'est cette analyse que nous nous sommes efforcé de mener à bien précédemment.

Et puisque le *donné idéal* est quelque peu une manifestation technique, il convient d'ajouter que pour nous il *trouve sa réalisation en ce qui concerne nos concepts dans*

---

(60) Gény, *Science et technique*, t. II, p. 387-388.

le cadre des notions techniques traditionnelles ci-dessus énumérées. C'est dire que nous rejetons en principe la notion d'institution [61] qui, dans une doctrine constituant une sorte de prolongement des théories de la réalité des personnes morales, est conçue d'une manière si imprécise qu'elle engloberait par là même toutes les notions que nous avons étudiées; comme l'a montré M. Bonnecase dans des développements auxquels nous renvoyons [62], la notion d'institution rassemble dans son extension toutes les notions envisagées plus haut, qui doivent — et c'est aussi notre avis — être séparées les unes des autres ou classées sous la division systématique des universalités de droit et des universalités de fait, dont nous espérons avoir démontré l'existence technique et scientifique.

Au moment où nous terminons notre thèse, nous prenons connaissance de l'opuscule que nous citons en note [63]; à propos des enseignements que fournit l'étude de la science belge du droit civil, de la lutte qu'elle a engagée et gagnée contre le romantisme juridique, afin de faire prédominer le classicisme juridique, notre président de thèse émet des considérations, parmi lesquelles nous trouvons la preuve que nos efforts se sont tournés vers une orientation tout à fait conforme à ses yeux aux données de la science du droit dans son état actuel : « Les juristes belges se sont gardés de tomber dans le travers romantique qui a, hélas! sévi en France, comme nous l'avons montré dans la première partie de *Science du droit et Romantisme* et qui a consisté dans la tendance à renverser toutes les notions

---

(61) V. les ouvrages cités plus haut, p. 300, note 42.

(62) *Science du droit civil. Considérations sur son état présent*, 1931, p. 35 et s.

(63) Voir note précédente.

acquises, auraient-elles été de tout temps incontestées. C'est le classicisme dont la Belgique était imprégnée qui l'a sauvegardée. Elle a su combiner dans une sage harmonie le point de vue individualiste et le point de vue social. Elle a été par ailleurs conduite, c'est un fait qui a son importance, à repousser progressivement le positivisme juridique au profit du rationalisme scientifique en même temps qu'elle reniait l'exégèse. Si l'on veut considérer et les écrits des juristes et les solutions positives consacrées soit par la loi, soit par la jurisprudence, on est obligé de s'incliner devant ce fait élémentaire connu de tout temps et admis par tous les civilistes, peut-on dire, *que la science du droit civil embrasse dans son domaine et l'individu et la famille et le milieu social; celui-ci donne de lui-même naissance à des personnes juridiques véritables sujets de droit, à côté desquels prennent place d'autres réalités sociales que l'on ne peut méconnaître mais qui justement doivent être organisées en fonction et de la personne physique et de la personne morale; nous visons les notions d'indivision, de copropriété, d'universalité de droit et de fait.* Si la théorie de l'institution dans sa forme moderne a cru nous révéler tout cela, elle a vraiment fait preuve ou de méconnaissance de l'histoire et du sens commun ou d'une prétention plutôt déconcertante. » (64).

Le lecteur aura pu s'apercevoir que, conformément à ce que nous croyons être la vérité scientifique en la matière, c'est sur les mêmes bases que celles postulées par M. Bonnecase dans ce passage que nous pensons devoir être organisés les concepts d'universalité de fait et de droit dont la portée, le champ d'application ou le sens profond avaient été méconnus ou insuffisamment déterminés.

---

(64) *Op. cit.*, p. 56-57.

CONCLUSION

Portalis a dit un jour : « *Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire* », donnant ainsi la formule de conciliation de l'esprit conservateur et de l'esprit progressiste, comme aussi de deux des tendances intellectuelles primordiales, la tendance à détruire et la tendance à maintenir.

Cette pensée profonde et pleine de bon sens pourrait servir de réponse aux tentatives de ces auteurs qui ont essayé de démolir, de détruire les notions qui forment la structure même du droit civil. Nous n'entendons pas nier par cela même la légitimité et l'utilité de l'esprit critique, qui est un des legs précieux du XVIII[e] siècle et reparaît vivace de notre temps; mais nous nous élevons contre l'abus que l'on a fait de la critique négative. La critique sera constructive, active, ou elle ne sera pas ! Elle ne se placera pas en face du néant, en partant en définitive de principes ou d'idées *a priori*, sans essayer de le combler !

Tous nos efforts ont tendu à prouver qu'il fallait maintenir les concepts d'universalité de fait et de droit et leur distinction. Pour cela, soucieux d'éviter les déductions dangereuses, nous sommes parti des faits, de l'observation expérimentale : le fonds de commerce, le troupeau, étaient con-

sacrés comme des universalités de fait, maintien de l'universalité de fait.

L'étude des théories de l'universalité de droit prises en quelque sorte comme des faits généraux susceptibles de susciter de notre part une hypothèse féconde a permis de relever en elles un trait commun qui, vivifié et contrôlé à nouveau par une observation minutieuse, a montré l'élargissement considérable du champ d'application du concept qu'avaient élaboré Aubry et Rau en en faisant l'expression exclusive du patrimoine : la nécessité apparaissait de maintenir en principe, sous réserve de quelques amendements, la théorie d'Aubry et Rau, l'universalité ayant des rapports étroits avec la personnalité. L'idée de sujet de droit est, si l'on peut dire, une notion première; le but, la destination, la finalité, des idées secondaires subordonnées à l'idée de personne; la personnalité domine l'affectation; le caractère inné et réel prédomine sur la contingence du ou des buts.

Certes, on ne peut nier que l'idée de fin joue un rôle important dans la vie juridique moderne, en particulier dans tout le droit des biens, mais elle n'est pas exclusive, elle n'est pas prépondérante; l'existence de certains patrimoines d'affectation, de certaines universalités juridiques spéciales se concilie parfaitement, quoiqu'on ait voulu parfois soutenir le contraire, avec les fondements traditionnels de la conception classique du patrimoine.

Maintien donc de la théorie classique; maintien aussi de la distinction bipartite des universalités.

L'idée d'affectation, on l'a vu, ne peut être généralisée et étendue à tous les ensembles de biens; il y a des patrimoines d'affectation, mais tous les ensembles de biens ne

sont pas des patrimoines d'affectation; si, en se plaçant *de lege ferenda*, certains ensembles de biens sont des patrimoines d'affectation, ils n'en sont pas pour autant dans leur nature juridique actuelle et en droit positif des universalités de droit; l'existence du fonds de commerce est ainsi la pierre d'achoppement où se brise la construction finaliste des auteurs de l'école objective; la communauté entre époux s'oppose invinciblement au fonds de commerce, la distinction des universalités de fait et de droit reparaît toujours vraie; les unes et les autres doivent être et sont organisées d'après les résultats issus d'un examen expérimental de droit positif, de doctrine ou de jurisprudence sur l'idée de personne physique ou morale.

Tous résultats de technique juridique, ils ne sont certes pas négligeables, la mission du juriste étant de dégager les notions qui sont consacrées sous forme d'applications plus ou moins apparentes par l'ensemble du droit; cette mission, nous l'avons eue toujours présente à l'esprit au cours de nos développements, qui apporteront, nous osons l'espérer, une humble contribution à cette mission doctrinale.

Mais, avec peut-être quelque témérité, nous avons voulu aller plus loin; comme le dit très bien M. Madray (1), « le juriste ne doit pas se contenter de l'examen du fait social; le fait est le point de départ, l'assise de la technique, mais il ne saurait arbitrairement réduire le champ de la science. Contraindre le droit à n'être qu'un fait, c'est condamner le juriste à ne se mouvoir que dans le domaine de la technique juridique; et quoi qu'on dise et quoi qu'on fasse, il s'y

(1) *De la représentation en droit privé. Théorie et pratique*, Paris, *Sirey*, 1931, p. 246-247.

refusera toujours, parce qu'il n'obtiendra ainsi qu'une explication seconde ».

Or, il est dans la tendance de l'esprit humain d'essayer de s'élever sinon vers l'absolu inaccessible, du moins vers une explication du monde s'approchant le plus possible de la vérité. *Les concepts nous aident à accomplir cette ascension difficile;* ils recouvrent chacun une parcelle du réel, ils dominent la vie sociale dans tous ses domaines, les grands comme les petits; ce sont des réalités invisibles sans doute, et c'est pourquoi on a voulu en nier l'existence, mais l'effort a été vain.

Il existe *certains rapports étroits entre la logique et la réalité quelle qu'elle soit.* Comme le dit un auteur récent (2) : « En étudiant... l'usage de telles catégories, la construction des institutions et leur systématisation en de vastes ensembles, c'est une forme même de la vie sociale que nous décrivons : les faits logiques sont en même temps des faits sociaux. »

Ces rapports, nous les avons recherchés au travers des données diverses de nos concepts. L'histoire avait été en la matière source de confusion parce qu'on avait pris principalement des données ne répondant plus à l'organisation juridique actuelle; il était possible, avons-nous soutenu, d'y trouver des données permanentes malgré leur aspect extérieur un peu différent, et ces données ont illustré le caractère scientifique, traduction de la réalité la plus certaine, que revêtent ces deux concepts.

Ne serions-nous parvenu qu'à démontrer l'existence de catégories juridiques réelles, nous aurions contribué pour

---

(2) Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, p. 8-9.

notre faible part à faire œuvre scientifique (3). Cette étude nous aura montré l'union qui existe entre les théories en apparence les plus abstraites, et les conséquences, les applications concrètes les plus variées.

Ces résultats dont nous dressons le bilan n'ont été rendus possibles que par l'adoption de la méthode d'interprétation inaugurée par l'école scientifique.

On est amené à la conclusion que formulait naguère M. Trasbot dans sa thèse sur *L'acte d'administration* (4) : les procédés techniques employés depuis l'apparition du Code civil jusqu'à l'époque contemporaine paraissent impuissants à dégager les notions juridiques qui tiennent une grande place dans l'ensemble de notre droit positif et de nos constructions jurisprudentielles.

La détermination des notions qui font l'objet de notre thèse convainc une fois de plus, s'il en était besoin, de la supériorité de la science sur la technique; à elles s'appliquent ces justes observations de M. Gény :

« Il est bien clair que l'artifice de la pensée ne se légitime qu'autant qu'il contribue à mettre mieux en valeur les données fondamentales..., les productions de l'esprit, contri-

---

(3) M. Gény ne dit-il pas : « ... les institutions positives, telles que nous les présente le droit pratique et vivant, se décomposent par l'analyse en éléments abstraits (rapports de droit — règles de droit — avec tout leur contenu) réductibles, entre eux, à des notions communes, et dont les combinaisons variées constituent des groupes distincts, soumis à des règles générales, qui planent au-dessus des prescriptions concrètes de la loi. Sans doute aussi il appartient à la science de dégager ces éléments, d'en extraire la substance proprement juridique, d'en ramener les agencements à un petit nombre de types, qui en simplifient le jeu et en facilitent l'adaptation à la vie. En ce sens, on a justement vanté la construction juridique. » (*Méthode d'interprétation...*, 2e éd., n° 63, p. 131.)

(4) *L'acte d'administration en droit privé français*, th. Bordeaux, 1921, p. 221-222.

buant pour leur part à la direction de la conduite humaine, entrent parfois elles-mêmes dans le *complexus* des réalités juridiques, et à ce titre elles acquièrent une valeur de fond qui leur assure une suprématie catégorique. » (5).

Cette suprématie catégorique est, nous le croyons, acquise à la notion d'universalité et à ses variantes. Il y a, au surplus, certains rapports indéniables entre la langue scientifique, la langue juridique et l'élaboration du donné ou science du droit; par l'intermédiaire de la technique, le perfectionnement causé par une langue bien appropriée peut réagir de la façon la plus heureuse sur son élaboration scientifique; la technique, à ce point de vue, postule l'uniformité de méthode dans l'emploi des mots, la soumission de la langue scientifique au principe de l'univocité (6). N'est-ce pas ce desideratum auquel nous avons essayé de répondre au cours de notre thèse, après avoir pris conscience des relations étroites existant entre la technique et la science, cette dernière restant toutefois primordiale ?

Comme un de nos brillants devanciers, nous proclamons avec une sincérité convaincue que, « la foi dans la science étant la première condition du succès », notre thèse s'affirme comme un acte de foi très intense dans l'avenir plein de promesses qui s'ouvre à la méthode de l'école scientifique (7).

Cette méthode nous a permis de tenter la synthèse qui n'avait pas été réalisée jusqu'ici des notions si importantes d'universalité de droit et d'universalité de fait, et de déter-

---

(5) *Science et technique*, t. IV, n° 284.

(6) V. sur ce principe, Ch. Bally, *Le langage et la vie*, Paris, 1926. — Cpr. Becquart, *Les mots à sens multiples en droit civil français*, th. Lille, 1928, n^{os} 5-10-19.

(7) Trasbot, *op. cit.*, p. 221.

miner la nature scientifique et technique de ces deux concepts; ce résultat auquel nous espérons avoir abouti au terme de cette étude n'est point négligeable pour les progrès de la science du droit, science qui, constituée comme toutes les branches de la science par un ensemble de concepts, doit donner de ces concepts une classification basée sur la législation positive et les données expérimentales et rationnelles.

Nous ne prétendons pas d'ailleurs que ces conceptions constituent des cadres fixes et immuables; les faits sociaux sont en perpétuelle évolution, les concepts qui les traduisent ne sont jamais achevés, et les recherches doivent sans cesse essayer de saisir cette évolution; c'est là une tâche difficile mais la conscience que nous avons de l'incomplétude de nos recherches nous est moins pénible, car nous savons que cette incomplétude même est de l'essence de la science, dont elle est aussi l'attrait, et que l'esprit humain tend sans cesse vers la vérité, vers l'idée, vers le réel suprême.

« Les concepts, nous dit M. Chevalier (8), dans lesquels nous cherchons à arrêter l'idée sont comme des abris provisoires sur cette voie où nous cheminons sans trêve... Celui qui demeure enfermé dans un de ces abris ne voit ni le ciel, ni la voie qui y mène; mais à celui qui va et qui voit les abris se succéder tout le long du chemin se révèle cette incomplétude qui est comme l'indice de notre recherche essentielle et qui, mieux que tout, rend manifeste la transcendance de l'Idée et la distance infinie qui nous en sépare.

» Heureux écart, heureuse ignorance, à condition qu'on

---

(8) Chevalier, *Mélanges Hauriou*, « Le concept et l'idée », p. 133-136.

en prenne conscience : car c'est cela même qui lance notre science, notre art et notre droit, et nos sociétés et notre esprit même, à la poursuite de l'infini qui est leur raison d'être; c'est cela qui dépose en eux le germe fécond d'un développement où l'idée, à travers le temps, déploie et révèle peu à peu ses richesses à ceux qui savent y consentir et, au besoin, se sacrifier pour elle. »

Vu, pour le Doyen :
L'Assesseur,
FERRADOU.

Vu, bon a imprimer :
Le Président,
J. BONNECASE.

Vu et permis d'imprimer :
Bordeaux, le 30 mai 1931.
Le Recteur de l'Académie,
F. DUMAS.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs.
(Délibération de la Faculté du 12 août 1879.)

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES ET ARTICLES

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 5e éd., par Rau, Falcimaigne, Gault et Bartin, 12 vol., Paris, 1897-1922.

AUDIBERT. — Essai sur la nature juridique de la séparation des patrimoines. Thèse Montpellier, 1927.

BALLY. — Le langage et la vie, Paris, 1926.

BARON. — Die Gesammtrechtsverhältnisse in römischem Recht, Marbourg et Leipzig, 1864.

BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU. — Traité des biens, 3e éd., 1 vol., Paris, 1905.

BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. — Traité du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée, 3e éd., 3 vol., Paris, 1906.

BAYART. — Etude sur la notion du fonds de commerce. Thèse Paris, 1906.

BECQUART. — Les mots à sens multiples en droit civil français. Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique. Thèse Lille, 1928.

BEKKER. — Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaften. *Zeitschr. f. d. gesam. Handelsrecht*, 1861.

— Zur Lehre von der Rechtsubjekt. *Jahrb. f. d. Dogm.*, t. XII.

BÉQUIGNON (Charlotte). — La répression pénale du détournement d'objets compris dans un nantissement de fonds de commerce. *Rev. crit.*, 1927, p. 327-340.

BERNARD. — La propriété des étages et des appartements dans les maisons horizontalement divisées. Thèse Paris, 1928.

BERTHÉLÉMY. — La réforme de la législation belge sur la capacité des associations et des fondations. Publié dans *C. R. de l'Acad. des sciences morales et politiques*, Paris, 1922, 2e partie, p. 344-353.

BOISTEL. — Le Code civil et la philosophie du droit. Livre du Centenaire du Code civil, t. I, p. 54 et s.

BONFANTE (P.). — Istituzioni di diritto romano, 7e éd., Rome, 1920, 1 vol.

— Corso di diritto romano, 3 vol., Rome, 1925-1928.

— Il concetto dogmatico del eredita nel diritto romano e nel diritto moderno. *Bull. Ist. di D. R.*, 1894.

— La successio in universum jus e l'universitas. Mélanges Scialoja, t. I, p. 549 et s.

Bonnecase. — Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil, par Baudry-Lacantinerie et divers collaborateurs. Paris, Sirey, t. I (1924), t. II (1925), t. III (1926), t. IV (1928), t. V (1930). (Abrév. : Suppl. au Baudry.)

— Introduction à l'étude du droit. Le problème du droit devant la philosophie, la science et la morale, 2e éd., 1 vol., Paris, Sirey, 1931.

— Traité des sociétés civiles et commerciales de Vavasseur, 7e éd., en 3 vol. (en collaboration avec MM. Moliérac et Rault). T. I (paru), Paris, 1931, Librairie des Juris-Classeurs, Editions Godde.

— L'Ecole de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après les professions de foi de ses plus illustres représentants, 2e éd., 1 vol., Paris, de Boccard, 1924.

— Science du droit civil. Considérations sur son état présent, 1 broch., Paris, de Boccard, 1931.

— Le problème du droit dans la science belge du droit civil. Observations d'ordre général sur la conception et l'évolution actuelles du droit civil, 1 vol., Paris, de Boccard, 1931.

— Science du Droit et Romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle, 1 vol., Paris, Sirey, 1928.

— Humanisme, classicisme, romantisme dans la vie du droit (extrait de la *Revue générale de droit*), 1 broch., Paris, de Boccard, 1930.

— La notion de droit en France au xixe siècle. Contribution à l'étude de la philosophie du droit contemporaine, 1 vol., Paris, de Boccard, 1919.

— La science du droit privé en France au début du xixe siècle. La Thémis (1819-1831); son fondateur, Athanase Jourdan, 2e éd., 1 vol., Paris, Sirey, 1914.

— La condition juridique du créancier chirographaire. Sa qualité d'ayant cause à titre particulier. *Rev. trim.*, 1920, p. 103 et s.

Bourcart. — Note sous Cass. civ., 30 mars 1927, S., 27. 1. 329 (distinction de la société de fait et de l'association en participation.

Bretonneau. — Etude sur les clauses d'inaliénabilité. Thèse Paris, 1902.

Brinz. — Lehrbuch der Pandekten, 2e éd., 4 vol., Erlangen, 1873-1898.

Brulliard. — De la condition des biens communs et de leur gérance

depuis la dissolution de la communauté jusqu'au partage. Thèse Paris, 1927.

Bruzin. — Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle. Thèse Bordeaux, 1922.

Calamandrei. — Teoria dell' azienda commerciale, Turin, 1891.

Capitant. — Essai sur la subrogation réelle. *Rev. trim.*, 1919, p. 385-416.

— L'indivision héréditaire. *Rev. crit.*, 1924, p. 19-36 et 84-100.

— De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté des biens entre époux. *Rev. crit.*, 1929, p. 65-123.

Carrié. — De la masse des créanciers dans la faillite et la liquidation judiciaire. Thèse Montpellier, 1926.

Catalan. — Condition juridique du fonds de commerce. Thèse Montpellier, 1899.

Cazelles. — De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles. Thèse Paris, 1905.

Cendrier. — Le fonds de commerce, 5e éd., par R. Martin et Maus, 1 vol., Paris, 1928.

Cerban. — Etude critique sur les conditions de constitution en gage des choses incorporelles en matière civile et commerciale. Thèse Paris, 1897.

Chauvin. — Etude sur la nature juridique de la communauté entre époux. Thèse Caen, 1906.

Chevalier. — Le concept et l'idée. Mélanges Hauriou, 1929, p. 113 à 136.

Cholat. — Le compte courant. Etude critique de la théorie jurisprudentielle de l'indivisibilité et de la novation. Thèse Lyon, 1927.

Clunet. — Les associations au point de vue historique et juridique, t. I (1909), Paris, 1 vol.

Colin et Capitant. — Cours élémentaire de droit civil français, 3 vol., 4e éd., Paris, Dalloz, 1923-1925.

Coquet. — Les fondations privées d'après la jurisprudence française. Thèse Poitiers, 1908.

Cornil. — Philosophie et Droit privé (Compte rendu du livre de M. Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht, Halle, 1902). *Rev. de dr. internat. et de législ. comp.*, années 1907, p. 382-414, 510-549, et 1908, p. 421-442, 501-524, 616-644.

Cornulier-Lucinière (De). — Le nantissement du fonds de commerce. Thèse Nancy, 1910.

Corpus juris civilis. — Edit. Mommsen, Krueger, Schœll et Kroll, spécialement t. I (Institutiones et Digesta), 13e éd., Berlin, 1920.

Cosack. — Traité de droit commercial allemand. Trad. Mis. 2 vol., Paris, 1904-1905.

Crémieu. — Note sous Cass. civ., 6 juill. 1925, D., 26. 1. 25.
— Note sous Besançon, 1er févr. 1926, D., 26. 2. 113.
Croizat. — La notion de fruits en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal. Thèse Lyon, 1925.
Crome. — System des deutschen bürgerlichen Rechts, 4 vol., Tübingen et Leipzig, 1900-1908.
Cuq (Ed.), — Manuel des Institutions juridiques des Romains, 2e éd., 1 vol., Paris, 1928.
Curti. — Manuel de droit civil et commercial anglais, 2 vol., Paris, Sirey, 1928.
Curti-Forrer. — Commentaire du Code civil suisse. Trad. de l'allemand par Max Porret, 1 vol., Neuchâtel, 1912.
Delalande. — L'usufruit d'un fonds de commerce. Thèse Bordeaux, 1922.
Delassalle. — Essai d'une théorie générale du droit de prélèvement entre copartageants. Thèse Caen, 1911.
Delavelle. — Le bilan au point de vue comptable et juridique. Thèse Grenoble, 1910.
Demogue. — Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle. *Rev. crit.*, 1901, p. 236-256, 295-310, 346-373.
— Les notions fondamentales de droit privé, essai critique, 1 vol., Paris, 1911.
Demolombe. — Cours de Code Napoléon, Paris, 1869-1882, 31 vol., spécialement Traité de la distinction des biens, t. I.
Demontès. — La propriété commerciale. *Rev. crit.*, 1928, p. 567-624.
— Les sociétés de sociétés. *Rev. crit.*, 1928, p. 37-64.
— Rapport relatif à un projet de loi de la Société d'études législatives sur l'effet rétroactif de la reconnaissance d'utilité publique. *Bull. de la Soc. d'ét. législ.*, 1930, p. 29 et s.
Duguit. — Traité de droit constitutionnel, 3e éd., en 5 vol., Paris, de Boccard, t. I (1927), t. II (1928), t. III (1930), parus.
Endemann. — Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt, 4e éd., 1887.
Enneccerus, Kipp et Wolff. — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5 vol., Marbourg, 1920-1921.
Escarra. — Des fondations en Angleterre. Thèse Paris, 1907.
Fenet. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, 15 vol., 1827-1837.
Ferrara. — Trattato di diritto civile italiano. Vol. I : Dottrine generali. Parte I : Il diritto. I soggetti. Le cose. 1 vol., Athenaeum, Rome, 1921.
Fialon. — Du nantissement de fonds de commerce. Thèse Bordeaux, 1909.
Filip. — De la nature juridique du droit de créancier chirographaire. Thèse Paris, 1922.

Flach. — De la subrogation réelle (extrait de la *Revue historique de droit français et étranger*), 1 vol., Paris, 1870.

Francisci (P. de). — L'azione degli elementi stranieri sullo sviluppo e sulla crisi del diritto romano. *Archivio giuridico*, t. XCIII (1925), p. 157-201, et app., p. 202-211.

François. — La propriété de la provision en matière de lettre de change. Thèse Bordeaux, 1930.

Garaud. — L'in jure cessio hereditatis. *N. R. H.*, 1922, p. 140 à 190, spécialement p. 164 à 168.

Garrigue (Suzanne). — A propos de la pétition d'hérédité. Essai sur quelques difficultés actuelles. Thèse Montpellier, 1928.

Gaudemet. — Etude sur le transport de dettes à titre particulier. Thèse Dijon, 1898.

Gazin. — Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique. Thèse Dijon, 1911.

Gegout. — Filiales et groupements de sociétés. Etude juridique de l'intervention d'une société dans la constitution et le fonctionnement d'une autre société. Thèse Paris, 1929.

Gény. — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 2e éd., Paris, 1919.

— Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, 4 vol., Paris, 1914-1924.

— Economie nationale et droit civil. *Rev. trim.*, 1930, p. 53 à 66 (à propos du livre de M. L. Brocard. Principes d'économie nationale et internationale, 3 vol., Paris, Sirey, 1929-1931).

Gierke (Julous von). — Handelsrecht und Schiffahrtrecht, in Grundrisse der Rechtswissenschaft, Sechster Band, Berlin et Leipzig, 1921.

Gierke (Otto). — Grundzüge des deutschen Privatrechts, in Encyklopädie von Holtzendorff, 6e éd., 2 vol., Berlin et Leipzig, 1904.

Gillet. — La personnalité juridique en droit ecclésiastique, spécialement chez les décrétistes et les décrétalistes et dans le Code de droit canonique, 1 vol., Malines, 1927.

Girard. — Manuel élémentaire de droit romain (8e éd., par Senn), Paris, 1929.

— Textes de droit romain, 5e éd., 1 vol., Paris, 1923.

Girtanner. — Die Rechtsstellung der Sache... mit besonderer Rücksicht auf Sachgesammtheiten (universitates rerum), Accession und Miteigentum. *Jahrb. f. d. Dogm.*, Bd III, p. 58 à 297, spécialement p. 100 à 239 et 271 à 297.

Godin. — Du nouveau commerce entrepris par le failli pendant sa faillite. Thèse Nancy, 1925.

Gombeaux. — Nature juridique du fonds de commerce. Thèse Caen, 1901.

Göppert. — Ueber die Einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen nach römischem Recht, Halle, 1871, 1 vol.

Goubeaux. — Etude sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle en droit civil français. Thèse Nancy, 1910.

Grasserie (De la). — De la fongibilité juridique. *R. G. D.*, 1911, p. 133 et s., 335 et s., 534 et s.

— Personnification et réalisation juridiques. *R. G. D.*, 1912, p. 223 et s., 322 et s.

Guillet. — De l'administration des successions indivises. Thèse Caen, 1930.

Hanus. — Le fonds de commerce comme moyen de crédit. Thèse Nancy, 1920.

Harven (P. de). — Individualisme et socialisme. Mouvements généraux du droit civil belge contemporain, 1 vol., Paris, 1928.

Hasse. — Ueber Universitas juris und rerum und über Universal und Singular-Succession. *Archiv. f. d. civ. Praxis*, t. V (1822), p. 1 à 68.

Hémard. — Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait, 1 vol., 2e éd., Paris, 1926.

Henry. — De la subrogation réelle conventionnelle et légale. Thèse Nancy, 1913.

Houpin et Bosvieux. — Traité théorique et pratique des sociétés commerciales, 6e éd., 3 vol., Paris, Sirey, 1927-1928.

Huber. — Exposé des motifs de l'avant-projet du Code civil suisse, 1 vol., Berne, 1902.

Hubert. — Notes sous Trib. civ. Montmorillon, 6 juill. 1921, S., 21. 2. 113, et sous Req., 17 mars 1926, S., 26. 1. 177.

Ihéring. — Esprit du droit romain, trad. sur la 3e éd., par Meulenaere, 4 vol., Paris, 1877-1878.

Jallu. — De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles. Thèse Paris, 1902.

Jauffret. — Des garanties du vendeur impayé d'un fonds de commerce. *Rev. crit.*, 1929, p. 151-228.

Jenks. — Digeste de droit civil anglais, 2e éd., trad. Baumann et Goulé, Paris, 1923, 2 vol.

Jonasco. — La copropriété d'un bien. Thèse Paris, 1930.

Josserand. — Cours de droit civil positif français, 3 vol., Paris, Sirey, 1929-1930.

— Essai sur la propriété collective. Livre du Centenaire du Code civil, t. I, p. 356 et s.

Kayser. — Sociétés et associations : leurs domaines d'application. Thèse Nancy, 1928.

Kohler. — Ueber den Dispositionsniessbrauch. *Jahrb. f. d. Dogm.*, t. XXIV, p. 187 et s.

Kunkel. — Notations sur le sens et la portée de l'influence de la

philosophie grecque sur les jurisconsultes romains. *Zeitschr. f. d. Sav. Stiftung*, t. XLVIII, p. 721, texte, p. 722, texte et note 1.

Laborde-Lacoste: — Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français. Thèse Bordeaux, 1916.

Lacour et Bouteron. — Précis de droit commercial, 2e éd., t. I à IV, Paris, 1921-1924; Suppl. aux t. I à IV, Paris, 1929.

— Précis de droit commercial, 2e éd., Paris, 1928 (Collection des Précis Dalloz).

Lalande. — Vocabulaire de la philosophie, Paris, Alcan, 1926, 2 vol.

Lavalette-Simon. — L'immobilisation des fonds de commerce et la loi de 1909. Thèse Paris, 1913.

Lèbre. — Traité pratique et théorique des fonds de commerce. Introduction historique par G. Hartmann, 1 vol., Paris, 1887.

Lebret. — La notion de l'indivision dans le droit français actuel (L'article 815 du Code civil et les lois récentes). Thèse Caen, 1922.

— Du sort des droits consentis sur des biens indivis (Etude sur l'article 883 du Code civil). *Rev. crit.*, 1928, p. 406 et s., p. 475 et s.

Légal. — Compte rendu du Congrès des juristes de Brno. *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1926, t. LV, p. 368 et s., notam. p. 372-373.

Lehr. — Eléments de droit civil anglais, 2e éd., 2 vol., Paris, 1906.

Lemaire. — Les origines de la communauté de biens entre époux dans le droit coutumier français. *N. R. H.*, 1928, p. 584-623.

Lépargneur. — De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis. *Rev. trim.*, 1924, p. 481 et s.

Lepaulle. — Les fonctions du « trust » et les institutions équivalentes en droit français. *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1929, p. 312 à 356.

Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin. — Essai sur les fondations par testament. *Rev. trim.*, 1904, p. 250 et s.

Longo. — Sull' hereditas concepita come universitas. In *Studii giuridici in onore di Fadda*, p. 125 et s.

Loubers. — Essai d'une théorie générale des sociétés de fait. Thèse Paris, 1908.

Lucci. — La dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale. *Archivio giuridico*, 1904, p. 305 à 323.

Lyon-Caen et Renault. — Manuel de droit commercial, 15e éd., par Amiaud, 1 vol., Paris, 1928.

— Traité de Droit commercial, 8 vol., 4e éd., Paris, 1906-1916.

Madray. — Essai d'une théorie générale de la représentation juridique en droit privé français. Thèse Bordeaux, 1931.

Magnin. — Essai sur le nantissement des fonds de commerce. *Ann. de dr. com.*, 1899.

Mangin. — Les fondations en Alsace-Lorraine de 1870 à nos jours. Thèse Strasbourg, 1927.

Marghieri. — Il diritto commerciale italiano esposto sistematicamente, 2e éd., 3 vol., Naples, 1886.

Marty. — Le fait et le droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait. Thèse Toulouse, 1929.

Masse. — Du caractère de la communauté entre époux dans ses précédents historiques. Thèse Paris, 1902.

Mechelynck. — Chronique de législation, Belgique. *Ann. de dr. comm.*, 1920, p. 176-177.

Mestre. — Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale. Thèse Paris, 1899.

Michoud. — La théorie de la personnalité morale et son application en droit français (2e édit., par Trotabas), 2 vol., Paris, 1924.

Monier. — Le tignum junctum. Thèse Paris, 1922, notam. p. 25 et s., 51 et s., 230 et s.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, 2e éd., 5 vol., Berlin, 1896.

Mouchet. — De la nature juridique du fonds de commerce et de son nantissement. Thèse Paris, 1911.

Mouy. — Contribution à l'étude de la notion d'indivision. Thèse Lille, 1920.

Mühlenbruch. — Ueber die sogenannte juris und facti universitates. *Archiv. f. d. civ. Praxis*, t. XVII, 1834, p. 321-379.

Nast. — Note sous Cass. civ., 25 juill. 1923, D., 26. 1. 153.

— Note sur Cass. civ., 20 avril 1928, D. hebd., 1928, p. 317; S., 28. 1. 299. *Rev. crit.*, 1929, p. 385 et s. (train de culture universalité de fait).

Palvadeau. — Les cessions de droits sociaux. Droit fiscal et droit civil. Thèse Bordeaux, 1931.

Percerou. — Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires, dans le Traité général théorique et pratique de Droit commercial de Thaller, 2 vol., Paris, 1907-1913.

— La liquidation du passif héréditaire en droit français. *Rev. trim.*, 1905, p. 335 et s.

— La liquidation du passif héréditaire en droit comparé. *Rev. trim.*, 1905, p. 811 à 874.

Picard (Ed.). — Les constantes du droit, 1 vol., Paris, 1921.

Planiol et Ripert. — Traité élémentaire de droit civil, 3 vol., t. I (1928); t. II (1930), 11e éd.; t. III (1928), 10e éd.

Planiol et Ripert et divers collaborateurs. — Traité pratique de droit civil français, 11 vol. parus, Paris, 1925-1931, notamment :

Tome I : Les personnes, avec le concours de M. Savatier, Paris, 1925.

Tome III : Les biens, avec le concours de M. M. Picard, Paris, 1926.

Tome IV : Les successions, avec le concours de MM. Maury et Vialleton, Paris, 1928.

Tomes VIII et IX : Les régimes matrimoniaux, avec le concours de M. Nast, Paris, 1927.

Tome XII : Les sûretés réelles (1re partie), avec le concours de M. Becqué, Paris, 1927.

Plastara. — La notion juridique du patrimoine. Thèse Paris, 1903.

Prodromidès. — Des restrictions légales à la responsabilité des propriétaires de navires à raison des actes et des faits du capitaine et des gens de l'équipage. Thèse Paris, 1919.

Proud'hon. — Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation, 2 vol., Paris, 1836.

Ray. — Essai sur la structure logique du Code civil français. Thèse de lettres, Paris, Alcan, 1926.

Retail. — La notion juridique de patrimoine et la notion comptable de bilan. Extrait de la *Rev. prat. de législ. et de jurispr. du Trib. de comm. de la Seine*, nos des 15 août-15 déc. 1927, 1 broch., Paris, Librairie A. Rousseau, 1927.

Ricol. — La copropriété en main commune (Gesammte Hand) et son application possible en droit français. Thèse Toulouse, 1907.

Rigaud. — Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle. Thèse Toulouse, 1912.

Ripert. — Droit maritime, 3e éd., 3 vol., Paris, Librairie A. Rousseau, 1929-1930.

Robert. — Note sous Amiens, 7 juill. 1900, et autres décisions, D., 1901. 2. 97.

Roguin. — La règle de droit, 1 vol., Lausanne, 1899.

Rossel et Mentha. — Manuel de droit civil suisse, 2e éd., 3 vol., Lausanne et Genève, Payot, 1922.

Rousseau (Henri). — Note sous Cour Paris (19 mars 1923, S., 25. 2. 93 (fonds de commerce universalité de fait)

— Notes sous Req., 13 mai 1929, S., 29. 1. 289, et Poitiers, 19 nov. 1928, S., 29. 2. 31.

Saleilles. — Histoire des sociétés en commandite. *Ann. de dr. comm.*, années 1895 et 1897.

— Note au S., 1894. 2. 185, sur la subrogation réelle.

— Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand, 2e éd., 1 vol., Paris, 1901.

Savatier. — Note sous Paris, 1er juill. 1926, et Trib. civ. Seine, 1er févr. 1927, D., 28. 2. 121, sur les fondations.

Siesse. — Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé. Thèse Paris, 1922.

Simon. — Le fonds de commerce. Thèse Paris, 1898.

Sokolowski. — Die Philosophie im Privatrecht. Sachbegriff und Körper in der Klassischen Jurisprudenz und in der modernen Gesetzgebung, 1 vol., Halle, 1902.

Spach. — Etude du capital social dans les sociétés par actions. Thèse Nancy, 1913.

Staudinger. — Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, 2e éd., 8 vol., Münich, Schweitzer, 1904-1906.

Tendi. — Le universitates rerum nel diritto italiano, Florence, 1 vol., 1906.

Thaller. — Traité élémentaire de droit commercial (5e éd., par Percerou), 1 vol., Paris, 1916.

— Des faillites en droit comparé, 2 vol., Paris, A. Rousseau, 1887.

Trasbot. — L'acte d'administration en droit privé français. Thèse Bordeaux, 1921.

— Examen doctrinal, donations et testaments. *Rev. crit.*, 1929, p. 464 et s.

Vacher-Lapouge. — La notion juridique de patrimoine. Thèse Poitiers, 1879.

Valery. — Des contrats par correspondance, 1 vol., Paris, 1895.

— Maison de commerce et fonds de commerce. *Ann. de dr. com.*, 1902, p. 209 et s., p. 269 et s.

Van Biervliet. — Cours de droit civil, 1 vol., Paris et Louvain, 1921.

Vangerow. — Lehrbuch der Pandekten, 3 vol., 1863-1869.

Vendryes. — Le langage, 1 vol., Paris, 1921.

Vialleton. — Note sous Cass. civ., 22 nov. 1926, S., 27. 1. 169.

Vivante. — Traité de droit commercial. Trad. sur la 3e éd. italienne, par Escarra, 4 vol., Paris, 1911-1912.

Voirin. — De l'imprévision dans les rapports de droit privé. Thèse Nancy, 1922.

— La jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie. *Rev. trim.*, 1930, p. 291 à 335.

— Propriété et responsabilité dans les baux ayant pour objet une exploitation, spécialement dans le bail du fonds de commerce. *Rev. trim.*, 1931, p. 285 et s.

Völdendorff (Von). — Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 1867.

Waechter. — Ueber Sachgesammtheiten. Erörterungen, Heft 1.

Wahl. — Précis théorique et pratique de droit commercial, 1 vol., Paris, 1921.

— Note sous Paris, 26 févr. 1895, et autres arrêts, S., 1897. 2. 89 (nature juridique du fonds de commerce).

Warnkönig. — Ueber den Begriff und die juristische Wichtigkeit der sogenannten Universitas rerum. *Arch. f. d. civ. Praxis*, t. XI, 1838, p. 169-204.

Wieland. — Les droits réels dans le Code civil suisse. Trad. par Bovay, 2 vol., Paris, 1913.

Windscheid. — Diritto delle Pandette. Trad. Fadda et Bensa, 5 vol., Turin, 1902-1904.

Zachariæ. — Cours de droit civil français. Trad. de l'allemand sur la 5e édition, par Massé et Vergé, 5 vol., Paris, 1854-1860.

Zamfiresco. — Contribution à l'étude du contrat de compte courant en droit comparé. Thèse Paris, 1923.

II. — TEXTES LEGISLATIFS, REPERTOIRES ET PERIODIQUES

Annales de Droit commercial et industriel français, étranger et international (*Ann. de dr. com.*).

Annales de l'Université de Grenoble (*Ann. univ. de Grenoble*).

Archiv für die civilistische Praxis (*Arch. f. d. civ. Praxis*).

Archivio giuridico.

Bulletin de la Société d'études législatives (*Bull. de la Soc. d'ét. législ.*).

Bulletin de la Société de législation comparée (*Bull. Soc. lég. comp.*).

Bulletino dell' Istituto di diritto romano (*Bull. dell' Ist. di D. R.*).

Code civil allemand. Traduction publiée par le Comité de législation étrangère, 3 vol., Paris, 1904-1908.

Code civil de la Bavière (Codex Maximilianus Bavaricus ou Bayerisches Landecht), 1 vol., Münich, 1821.

Code civil de la Prusse (Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten). Edit. Schering, 2 vol., Berlin, 1876.

Code civil d'Autriche (Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Oesterreich, in Manz' sche Gesetzausgabe [t. II]), 12e éd., Vienne, 1887, 1 vol.

Code civil des Etats-Unis du Brésil de 1919. Trad. et ann. par P. Goulé, C. Daguin et G. d'Ardenne de Tizac, éd. Office de législation étrangère, Paris, Imprimerie nationale, 1 vol., 1928.

Code civil italien. Trad. Prudhomme, 1 vol., Paris, 1896.

Code civil du Canton de Berne, in Sammlung der Civil : und Civilprozessgesetze des Kantons Bern., 7e éd., 1 vol., Berne, 1882.

Code civil du Canton des Grisons (Bündnerisches Privatrecht), Thur, 1 vol., 1869.

Code civil suisse. Ed. Rossel, 1 vol., Lausanne, 1911.

Code de commerce allemand. Traduit et annoté, édit. Carpentier, 1 vol., Paris, 1901.

Codigo civil de la Republica Argentina, avec commentaire de L. Segovia, 2 vol., Buenos-Ayres, 1881.

Code pénal, annoté par Garçon, 2 vol., Sirey, 1901-1912.
Compte rendu de l'Académie des sciences morales et politiques.
Dalloz. — Répertoire de législation de doctrine et de jurisprudence, 44 vol., Paris, 1846-1864.
— Supplément au Répertoire, 19 vol., Paris, 1887-1897.
— Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence, 12 vol., Paris, 1910-1925. (Rép. Dalloz.)
— Supplément au Répertoire pratique, 3 vol., Paris, 1927-1931. (Rép. Dalloz, Suppl.)
— Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, Paris. (D.)
— Recueil hebdomadaire de jurisprudence, Paris. (D. hebd.)
Dictionnaire de droit commercial, industriel et maritime, par Ruben de Couder, 6 vol., Paris, 1877-1881.
Gazette du Palais.
Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9e éd., Iéna, Fischer, 1926.
Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (*Jahrb. f. d. Dogm.*)
Journal des Sociétés (*Journ. des soc.*), Paris, Sirey.
Nouvelle revue historique de droit français et étranger (*N. R. H.*), Paris.
Recueil de la Gazette des tribunaux. Journal de jurisprudence et des débats judiciaires (*Gaz. Trib.*), Paris.
Revue critique de législation et de jurisprudence (*Rev. crit.*), Paris.
Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France (*R. G. D.*), Paris.
Revue de droit international et de législation comparée (*Rev. dr. intern. et lég. comp.*), Bruxelles.
Revue pratique de législation et de jurisprudence du tribunal de commerce de la Seine, Paris.
Revue trimestrielle de Droit civil (*Rev. trim.*), Paris.
Sirey. — Recueil général des lois et des arrêts, Paris. (S.)
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für die Rechtsgeschichte (*Zeitschr. f. d. Sav. Stiftung*).

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1

CHAPITRE PREMIER. — **Elaboration de la notion d'universalité de fait à l'époque contemporaine à l'occasion de la détermination de la nature juridique du fonds de commerce**..... 20

SECTION. I. — *Examen des conceptions considérant le fonds de commerce comme une universalité de droit; rejet de cette théorie par la majorité de la doctrine et la jurisprudence françaises avant la loi du 17 mars 1909; sa non-consécration implicite par cette loi dans son principe et ses conséquences pratiques fondamentales*..... 24

§ 1. — Aperçu des théories sur le fonds de commerce envisagé comme une universalité de droit; rejet de ces conceptions par la majorité de la doctrine et la jurisprudence françaises avant la loi du 17 mars 1909. 28

§ 2. — La non-consécration par la loi du 17 mars 1909 ainsi que par la doctrine et la jurisprudence postérieures de la théorie du fonds de commerce universalité de droit dans son principe et dans ses conséquences pratiques fondamentales 36

SECTION II. — *Le concept d'universalité de fait en tant que traduisant la nature juridique du fonds de commerce : aperçu des variantes théoriques soutenues avant la loi du 17 mars 1909 et de leur application concrète dans la doctrine et la jurisprudence françaises; expression du concept sous-jacente aux dispositions de ladite loi, solutions doctrinales et jurisprudentielles actuelles dérivant plus ou moins directement de cette réglementation législative* 50

§ 1. — Tableau des théories qui voient dans le fonds de commerce une universalité de fait 52

§ 2. — Application concrète dans la doctrine et la jurisprudence françaises des conceptions précédemment examinées avant la loi du 17 mars 1909 57

Pages

§ 3. — La notion d'universalité de fait dans son application au fonds de commerce telle qu'elle se dégage des dispositions de la loi du 17 mars 1909; solutions doctrinales et jurisprudentielles actuelles dérivant plus ou moins directement de cette réglementation législative 68

CHAPITRE II. — **Elaboration de la notion d'universalité de fait à l'époque moderne en dehors de la question principale et directe de la nature juridique du fonds de commerce. Théories émises sur ce concept à l'occasion du problème dogmatique de la classification des universalités; les solutions modernes et leur origine historique** 93

SECTION I. — *Applications concrètes de la notion d'universalité de fait en dehors du problème de la nature juridique du fonds de commerce* 96

§ 1. — Les applications de l'universalité de fait que l'on peut découvrir dans la législation, la doctrine et la jurisprudence françaises en dehors du fonds de commerce 96

§ 2. — Les applications que l'on peut rattacher par analogie à la notion d'universalité de fait en droit allemand et suisse; caractères des « Sachgesammtheiten » ou « Gesammtsachen », universalités de choses. 103

SECTION II. — *Théories émises sur la notion d'universalité de fait, plus spécialement à l'occasion des applications précédemment examinées et du problème de la classification des universalités; les solutions modernes et leur origine historique* 113

§ 1. — Elaboration de l'universalité de fait dans la doctrine moderne, et plus spécialement chez les romanistes on pandectistes, à l'occasion du problème de la classification des universalités 114

§ 2. — Les origines historiques de la notion d'universalité de fait 124

CHAPITRE III. — **La notion d'universalité de droit : son expression-type, le patrimoine; les théories émises sur la nature juridique du patrimoine, théorie classique d'Aubry et Rau et théorie objective, ou du patrimoine d'affectation; détermination, par la comparaison de ces deux théories, du trait commun essentiel assigné par elles à l'universalité de droit sous le couvert du patrimoine** 141

Pages

Section I. — *La théorie d'Aubry et Rau* 147

Section II. — *La théorie objective du patrimoine* 155

Tableau récapitulatif. — *Différences et ressemblances existant entre les deux conceptions du patrimoine précédemment exposées, et, partant, entre les deux conceptions de l'universalité de droit qu'elles traduisent* 166

CHAPITRE IV. — La notion d'universalité de droit et les applications concrètes immédiates du patrimoine 172

Section I. — *La séparation des patrimoines et l'acceptation bénéficiaire* 175

Section II. — *Le patrimoine du failli et le dessaisissement.* 183

Section III. — *Le patrimoine de mer* 190

CHAPITRE V. — La notion d'universalité de droit telle qu'elle se dégage des notions dérivées du patrimoine : personnalité morale, indivision, communauté entre époux 197

Section I. — *La personnalité morale* 199

§ 1. — La mise en œuvre de l'universalité de droit au sein du concept de personne morale; rapports existant entre la conception classique du patrimoine et la théorie de la réalité des personnes morales, d'une part, entre, d'autre part, la conception objective et les théories repoussant le concept de personnalité morale ou le ramenant à l'idée d'un patrimoine d'affectation. 200

§ 2. — Consécration de la théorie de la réalité des personnes morales par la législation, la doctrine et la jurisprudence au regard des diverses catégories de personnes morales; résultats issus de cette consécration au point de vue de la mise en œuvre de l'universalité de droit au sein de la personnalité morale.... 207

Section II. — *L'indivision* 223

§ 1. — Les conceptions en présence : conception classique; conception moderne, la notion d'indivision organisée 223

§ 2. — Les solutions législatives, doctrinales et jurisprudentielles relatives à l'indivision héréditaire.... 228

Section III. — *La communauté entre époux*..... 239

Appendice. — *L'indivision qui suit la dissolution de la communauté entre époux* 245

Pages

CHAPITRE VI. — **Examen synthétique et critique des rapports existant entre les conceptions théoriques de l'universalité de droit et les applications immédiates ou dérivées qui en ont été faites en législation, en doctrine et en jurisprudence.** 250

CHAPITRE VII. — **Solution proposée sur les concepts d'universalité de fait et de droit pris en eux-mêmes et dans leur opposition : I.** Etude critique des conceptions formulant de manière inexacte cette opposition ou niant l'existence de ses termes et son bien-fondé 273

Section I. — *Critique de la doctrine française dominante qui nie l'existence ou la portée de l'opposition des universalités de fait et de droit et ne voit dans lesdites notions que des modalités purement techniques* 277

§ 1. — Aperçu synthétique de cette doctrine 278

§ 2. — Appréciation critique de la doctrine dominante française sur les universalités de fait et de droit et leur distinction 286

Section II. — *Examen critique de certains critères proposés pour traduire l'opposition des universalités de fait et de droit* 292

Section III. — *Rejet de la conception qui donne des universalités une classification tripartite : universalités de fait, universalités de droit, organisations de choses et de droits* 297

CHAPITRE VIII. — **Solution proposée sur les concepts d'universalité de fait et de droit pris en eux-mêmes et dans leur opposition *(suite)* : II.** Elaboration synthétique des éléments constitutifs des deux concepts envisagés; recherche de leur critérium de distinction; caractère technique et scientifique indissolublement lié des notions d'universalité de fait et de droit, comme aussi de leur opposition réelle 302

Section I. — *Comparaison synthétique des éléments constitutifs des deux sortes d'universalités; leur expression commune sous la forme de la fongibilité de leurs éléments; leur opposition réelle sur le fondement du critérium dégagé par l'analyse des applications de l'une et de l'autre.* 303

§ 1. — Caractère fongible des éléments de l'universalité de fait et de l'universalité de droit 304

§ 2. — Opposition réelle des concepts d'universalité de

Pages

fait et de droit sur le fondement du critérium dégagé par l'examen des applications de l'un et de l'autre. 311

SECTION II. — *La formule de l'opposition des concepts d'universalité de fait et de droit; sa correspondance analogique dans la distinction de la copropriété et de l'indivision...* 326

SECTION III. — *Caractère technique et scientifique indissolublement lié des notions d'universalité de fait et de droit; les « donnés » de ces concepts* 334

CONCLUSION 351

BIBLIOGRAPHIE 359

16.633. — Bordeaux, Imprimerie Cadoret, 3, place Saint-Christoly. — 1931.

BORDEAUX
IMPRIMERIE Y. CADORET
3, Place Saint-Christoly, 3